

FAUT-IL CRIMINALISER LE HARCÈLEMENT SEXUEL?

Marie-Pierre Robert¹

Le harcèlement sexuel est interdit au Canada, notamment par le droit du travail et les protections relatives aux droits de la personne. Par contre, il n'existe pas d'infraction criminelle sanctionnant le harcèlement sexuel comme tel, sous toutes ses formes.

Dans ce contexte, le présent texte propose une réflexion autour de la question de savoir s'il faudrait criminaliser le harcèlement sexuel de manière globale et intégrée au Canada. Dans un premier temps, un état des lieux sera tracé sur les différentes infractions présentes en droit criminel, qui constituent une courtepoinette incomplète des formes que peut prendre le harcèlement sexuel. Nous analyserons ensuite plus spécifiquement la question de l'opportunité de criminaliser le harcèlement sexuel. Notre réflexion s'articulera autour de deux pistes : s'il y a lieu de modifier l'infraction de harcèlement criminel ou s'il y a plutôt lieu de prévoir une infraction relative au harcèlement de rue. À cet égard, les expériences du droit comparé seront considérées.

Sexual harassment is forbidden in Canada, notably under labour and human rights laws. However, it is not explicitly criminalized in all its forms.

The article examines the question of whether sexual harassment should be criminalized more comprehensively and systematically in Canada. First, the article will examine the state of affairs and look at how violations are currently framed in criminal law, which covers only a partial picture of the various manifestations of sexual harassment. The focus then shifts more specifically on whether sexual harassment should be criminalized. The argument is structured around two key issues: first, whether criminal harassment offences should be criminalized; and second, whether a specific offence should be introduced to account for street harassment. Comparative legal approaches will be considered to further this analysis.

¹ Professeure titulaire, Faculté de droit, Université de Sherbrooke. L'autrice tient à remercier la Fondation du Barreau du Québec pour son soutien financier dans ce projet, ainsi que Sabrina Major, Justine Plésant et Benjamin Dzierlatka pour leur travail d'assistantat de recherche.

Table des matières

Introduction	496
I. État des lieux sur le droit criminel	499
A) Les principales infractions qui peuvent englober des formes de harcèlement sexuel	499
B) Le cas particulier du harcèlement criminel (art. 264 C.cr.)	501
C) Les formes de harcèlement sexuel non couvertes par le droit criminel actuel	505
II. Analyse de l'opportunité de criminaliser spécifiquement le harcèlement sexuel	506
A) Les enjeux	506
1) Les enjeux constitutionnels	506
2) Les enjeux relatifs à l'ampleur du champ criminel	510
B) Les alternatives	512
1) La criminalisation du harcèlement sexuel en général	512
2) Vers une nouvelle infraction de harcèlement de rue?	514
Conclusion	517

Introduction

Au Canada comme ailleurs dans le monde, le harcèlement sexuel est une problématique sociale importante. Bien que cette réalité ne soit pas nouvelle², elle fait l'objet d'une sensibilité sociale accrue, notamment depuis la vague #Metoo³.

Un nombre significatif de personnes en sont victimes, dont la grande majorité sont des femmes. Bien que le harcèlement sexuel puisse se manifester dans différents contextes, notamment universitaire⁴ ou sportif, le milieu du travail demeure un terreau fertile pour ce type de

² Constance Backhouse et Leah Cohen, *The Secret Oppression: Sexual Harassment of Working Women*, Toronto, Macmillan of Canada, 1978; Catharine A MacKinnon, *Sexual harassment of working women: A case of sex discrimination*, New Haven/London, Yale University Press, 1979.

³ Améli Pineda, *Que reste-t-il de #MoiAussi? Secousses québécoises d'un mouvement planétaire*, Somme toute / Le Devoir, 2022; Tatjana Hörnle, « #MeToo—Implications for Criminal Law? » (2018) 6:2 Bergen J Crim L & Crim Justice 115 [Hörnle]; Denise Brunson, « Legal Solutions to Street Sexual Harassment in the #MeToo Era » (2018) 39 Atlantis 40 [Brunson].

⁴ Lise Savoie et al, « L'invisibilité de la violence sexuelle ordinaire chez les étudiantes universitaires : des expériences à comprendre » (2018) 31:2 Recherches féministes 141; *Loi visant à prévenir et à combattre les violences à caractère sexuel dans les établissements d'enseignement supérieur*, RLRQ c P-22.1 [Loi sur les violences à caractère sexuel].

harcèlement. Les plus récentes données, datant de février 2024, montrent qu'au Canada, « 31 % des hommes et 47 % des femmes ont déclaré avoir déjà été victimes d'une forme quelconque de harcèlement ou d'agression sexuelle en milieu de travail »⁵. Soixante-trois pour cent (63 %) des femmes canadiennes estiment être distraites de leur travail ou de leurs études à cause du harcèlement sexuel⁶. En 2019, plus de 4 000 plaintes ou demandes d'intervention pour harcèlement sexuel ont été logées au Québec, ce qui constitue une augmentation importante par rapport aux années antérieures, mais ne représente que la pointe de l'iceberg⁷. La prévalence du harcèlement sexuel dans la pratique du droit a été bien documentée⁸.

Une faible proportion des victimes dénonce leur agresseur, et ce, pour de multiples raisons, dont le stress engendré par un processus de plainte et le désir de passer à autre chose, mais également parce qu'elles estiment que le harcèlement n'était pas assez grave pour être dénoncé⁹. Pourtant, les conséquences de ce harcèlement peuvent être très graves¹⁰.

Si le harcèlement sexuel est un phénomène qui vise principalement les femmes, parmi elles, certaines sont plus susceptibles d'y faire face, soit les plus jeunes, célibataires et membres de la communauté LGBTQ+¹¹. Les femmes racisées et autochtones sont également particulièrement touchées. Le milieu de travail influence également la prévalence du phénomène. Ainsi, les femmes qui travaillent dans des milieux majoritairement masculins, ainsi que les personnes qui occupent des postes qui se situent plus bas dans la hiérarchie, sont plus susceptibles d'être harcelées¹².

⁵ Statistique Canada, « [Cadre des résultats relatifs aux genres : nouveau tableau de données sur le harcèlement en milieu de travail](https://tinyurl.com/2s3bbvxd) » (2024), en ligne : <<https://tinyurl.com/2s3bbvxd>>.

⁶ Brunson, *supra* note 3 à la p 43, citant ILR Worker Institute, « [ILR and Hollaback! Release Largest Analysis of Street Harassment to Date](https://tinyurl.com/2374uy54) » (1 juin 2015), en ligne : <<https://tinyurl.com/2374uy54>>.

⁷ Gouvernement du Québec, [Harcèlement sexuel dans les milieux de travail québécois : recours, prévalence et enjeu](#), Ministère du Travail, de l'Emploi et de la Solidarité Sociale, 2022, en ligne : <<https://tinyurl.com/5n7ezz63>> [Gouvernement du Québec].

⁸ Isabelle Auclair et al, *Rapport : enquête sur le harcèlement et les violences à caractère sexuel dans la pratique du droit*, Université Laval, 2021 [Auclair et al].

⁹ Gouvernement du Québec, *supra* note 7 à la p 21; Auclair et al, *supra* note 8.

¹⁰ Isabel Grant, « Intimate partner criminal harassment through a lens of responsabilization » (2015) 52:2 Osgoode Hall LJ 552 aux pp 556-60 [Grant].

¹¹ Gouvernement du Québec, *supra* note 7 à la p 19; Auclair et al, *supra* note 8 à la p 36.

¹² Gouvernement du Québec, *supra* note 7 à la p 18; Adam Cotter et Laura Savage, [La violence fondée sur le sexe et les comportements sexuels non désirés au Canada, 2018: premiers résultats découlant de l'Enquête sur la sécurité dans les espaces publics et privés](#),

La Cour suprême du Canada a reconnu, depuis plus d'une trentaine d'années, que le harcèlement sexuel était à la fois une forme d'abus de pouvoir et une forme de discrimination basée sur le genre, les femmes en étant les principales victimes¹³. Bien que les sources protégeant contre le harcèlement sexuel soient nombreuses et variées, la définition de la Cour suprême dans *Janzen* peut, encore aujourd'hui, être considérée comme la définition de principe du harcèlement sexuel :

Sans chercher à fournir une définition exhaustive de cette expression, j'estime que le harcèlement sexuel en milieu de travail peut se définir de façon générale comme étant une conduite de nature sexuelle non sollicitée qui a un effet défavorable sur le milieu de travail ou qui a des conséquences préjudiciables en matière d'emploi pour les victimes du harcèlement. (...)

Le harcèlement sexuel est une pratique dégradante, qui inflige un grave affront à la dignité des employés forcés de le subir. En imposant à un employé de faire face à des gestes sexuels importuns ou à des demandes sexuelles explicites, le harcèlement sexuel sur le lieu de travail est une atteinte à la dignité de la victime et à son respect de soi, à la fois comme employé et comme être humain.¹⁴

Le caractère non sollicité¹⁵ du comportement est important. Ce comportement peut se manifester de multiples manières : avances sexuelles répétées, attouchements sexuels, sifflements, menaces, etc.¹⁶ Bien qu'il puisse reposer sur un seul événement grave, le harcèlement sexuel est plus souvent constitué d'un ensemble de pratiques dont l'effet combiné forme le harcèlement.

La réalité du harcèlement sexuel est visée par un grand nombre de dispositions, que ce soit en droit du travail¹⁷ ou en droit de la personne¹⁸,

Statistique Canada, 2019, en ligne : <<https://tinyurl.com/3nj4enar>>; Auclair et al, *supra* note 8 à la p 36.

¹³ *Janzen c Platy Enterprises Ltd*, [1989] 1 RCS 1252 à la p 1284 [*Janzen*].

¹⁴ *Ibid* à la p 1284 (nous soulignons).

¹⁵ Bethany Hastie, « An Unwelcome Burden: Sexual Harassment, Consent and Legal Complaints » (2021) 58:2 Osgoode Hall LJ 419.

¹⁶ Sheryl L Johnson, *Sexual Harassment in Canada, A Guide for Understanding and Prevention*, LexisNexis, 2017 aux pp 8–10.

¹⁷ *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c N-1.1, art 81.18; *Loi visant à prévenir et à combattre le harcèlement psychologique et la violence à caractère sexuel en milieu de travail*, LQ 2024, c 4, sanctionnée le 27 mars 2024 au Québec (projet de loi n° 42). Rachel Cox et Caroline Brodeur, « La réforme des dispositions sur le harcèlement psychologique dans la *Loi sur les normes du travail* : l'appel à une plus grande sensibilité au genre sera-t-il entendu? » (2020) 51:1 RD Ottawa 51.

¹⁸ *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12, art 10.1; *Loi canadienne sur les droits de la personne*, LRC 1985, c H-6, art 14.

ce qui fait qu'il peut être difficile pour la personne victime de s'y retrouver. Il peut donner lieu à des mesures disciplinaires pour l'agresseur ou à des compensations pour la victime. Cette complexité des sources et des recours trouve également écho dans le droit criminel, par le nombre important d'infractions que peut englober le harcèlement sexuel, qui peut s'exprimer sous plusieurs formes, dont les menaces et l'agression sexuelle, pour ne nommer que celles-là. Mais aucune disposition criminelle ne vise le harcèlement sexuel spécifiquement et de manière globale. Étonnamment, la notion de harcèlement sexuel est inconnue en droit criminel canadien.

Ainsi, le présent texte propose une réflexion autour de la question suivante : Faut-il criminaliser le harcèlement sexuel? Dans un premier temps, un état des lieux sera tracé sur les différentes infractions présentes en droit criminel, qui constituent une courtepoinette incomplète des formes que peut prendre le harcèlement sexuel. Forts de cette compréhension, nous analyserons ensuite plus spécifiquement la question de l'opportunité de criminaliser le harcèlement sexuel. Notre réflexion s'articulera autour de deux pistes : s'il y a lieu de modifier l'infraction de harcèlement criminel ou s'il y a plutôt lieu de prévoir une infraction relative au harcèlement de rue.

I. État des lieux sur le droit criminel

Le droit criminel, quant à lui, ne connaît pas la notion de harcèlement sexuel. Il y offre une réponse partielle, fragmentaire et éclatée. Selon la forme que prend le harcèlement sexuel, il peut constituer plusieurs infractions, dont l'agression sexuelle (art. 271 C.cr.), les menaces de mort ou de lésions corporelles (art. 264.1 C.cr.), le partage d'images intimes (art. 162.1 C.cr.) ou encore le harcèlement criminel (art. 264 C.cr.). Sans surprise, ce sont les formes les plus sévères de harcèlement sexuel qui sont visées par le droit criminel. Par contre, ce type de harcèlement peut prendre d'autres formes qui ne sont pas visées par le droit criminel, comme les commentaires sexuels dégradants et les propositions sexuelles harcelantes faites en personne. Il existe donc un écart entre la conception de la violence sexuelle véhiculée par le droit québécois et la société, d'une part, et celle retenue par le droit criminel, d'autre part.

A) Les principales infractions qui peuvent englober des formes de harcèlement sexuel

Toute forme d'attouchement sexuel fait sans le consentement de la victime constitue une agression sexuelle¹⁹, si l'agresseur savait ou a été insouciant par rapport à l'absence de consentement de la victime. Cette infraction

¹⁹ Art 271 Ccr; *R c Ewanchuk*, [1999] 1 RCS 330 [*Ewanchuk*].

visent une très large gamme de comportements, qui vont du toucher sexuel à des relations sexuelles sans consentement. Donc, le harcèlement constitue déjà une infraction criminelle s'il implique un tel contact de nature sexuelle : tape sur les fesses, toucher des seins, baiser forcé, viol, etc. L'agression sexuelle est un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de dix ans ou, si le plaignant est âgé de moins de seize ans, d'un emprisonnement maximal de quatorze ans, la peine minimale étant dans ce cas d'un an²⁰.

Une relation hiérarchique peut vicier le consentement sexuel, notamment en contexte de travail, d'études ou de sport. Ainsi, l'exercice de l'autorité (art. 265(3)d) C.cr.) ou l'abus de pouvoir (art. 273.1(2)c) C.cr.) peut vicier le consentement, et ce, à tout âge. Les jeunes sont toutefois particulièrement vulnérables à cet égard. Si à 16 ans, un adolescent acquiert la capacité générale de consentir à des relations sexuelles, il lui faudra attendre sa majorité pour pouvoir consentir à des relations avec une personne par rapport à laquelle il est dans une situation de vulnérabilité à cause d'un déséquilibre de pouvoir²¹. En effet, l'infraction d'exploitation sexuelle criminalise les contacts sexuels entre un adolescent de 16 ou 17 ans et une personne qui est en situation de confiance ou d'autorité à son égard (art. 153 C.cr.). Dans ce cas, l'existence de la situation d'autorité est suffisante, sans qu'il ne soit nécessaire de prouver que l'adulte en ait abusé, ni même l'exercice effectif de l'autorité²².

C'est plutôt pour les formes de harcèlement sexuel qui n'impliquent pas de contact physique qu'il existe une sphère de non-criminalisation en droit canadien et par rapport à laquelle la question se pose. Certaines formes très graves de communications sont criminelles : celles de menaces de mort ou de lésions corporelles (art. 264.1 C.cr.), ou encore le partage d'images intimes sans le consentement de la personne représentée (art. 162.1 C.cr.), une infraction qui s'attaque notamment au phénomène connu sous le nom de « revenge porn »²³.

Certaines infractions visent les communications faites par un moyen de télécommunication quel qu'il soit : téléphone, courriel, texto, réseaux sociaux, etc. Ainsi, les communications indécentes faites dans

²⁰ Art 271a) Ccr.

²¹ *R c Audet*, [1996] 2 RCS 171.

²² *Ibid.* Voir aussi *Poitras c R*, 2017 QCCA 1767, pour un bel exemple de harcèlement sexuel pour lequel le propriétaire d'un restaurant est trouvé coupable d'exploitation sexuelle à l'égard d'une serveuse mineure. Le contexte factuel de cette affaire rappelle celui de l'affaire *Janzen*, *supra* note 13.

²³ Alicia Dueck-Read, « Judicial Constructions of Responsibility in Revenge Porn: Judicial Discourse in Non-Consensual Intimate Image Distribution Cases – A Feminist Analysis » (2020) 43:3 *Manitoba LJ* 357.

l'intention d'alarmer ou d'ennuyer quelqu'un constitueront l'infraction de communications indécentes²⁴ si elles sont faites par un moyen de télécommunication, mais pas si elles sont proférées en personne. La même logique s'applique aux communications harcelantes : constitue une infraction le fait de communiquer de façon répétée avec une personne, dans l'intention de la harceler, si un moyen de télécommunication est utilisé, mais pas si les contacts sont faits en personne²⁵. Ces infractions visent spécifiquement les télécommunications, puisqu'il s'agit là du problème social auquel le législateur souhaitait répondre²⁶. En effet, les harceleurs utilisent souvent ces méthodes, qui peuvent donner un sentiment d'anonymat ou d'invincibilité. Ce type de communications peut tout à fait s'inscrire dans une logique de harcèlement sexuel. Passibles d'un emprisonnement maximal de deux ans, il s'agit d'infractions moins graves que le harcèlement criminel.

B) Le cas particulier du harcèlement criminel (art. 264 C.cr.)

L'infraction de harcèlement criminel a été ajoutée au *Code criminel* en 1993 dans la foulée de différents meurtres de femmes par leur ex-conjoint, qui s'étaient produits à la suite de harcèlement²⁷. Cette infraction a donc été ajoutée principalement pour prévenir le harcèlement de femmes de la part de leur partenaire intime, actuel ou ancien, soit le harcèlement relationnel plutôt que pour viser le harcèlement de rue²⁸. La criminalisation du harcèlement criminel vise à arrêter des comportements qui risquent de dégénérer. En effet, dans plusieurs cas, les victimes de voies de fait ou de féminicides avaient d'abord été victimes de harcèlement²⁹. La jurisprudence récente démontre que cette infraction est très genrée, en ce qu'elle est très majoritairement commise par des hommes contre des femmes³⁰:

²⁴ Art 372(2) Ccr.

²⁵ Art 372(3) Ccr. *Manrique c R*, 2020 QCCA 1170.

²⁶ *Loi de protection des Canadiens contre la cybercriminalité*, LC 2014, c 31, art 18. Auparavant, seuls les appels téléphoniques étaient visés.

²⁷ *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, LC 1993, c 45, art 2; Isabel Grant, Natasha Bone et Kathy Grant, « Canada's Criminal Harassment Provisions: A Review of the First Ten Years » (2003) 29:1 Queen's LJ 175. Sur l'historique législatif, voir Bruce MacFarlane, « People who Stalk People » (1997) 31 UBC L Rev 37 aux pp 63–70 [MacFarlane] et Rosemary Cairns Way, « The Criminalization of Stalking: An Exercise in Media Manipulation and Political Opportunism » (1994) 39:3 RD McGill 379 [Cairns Way].

²⁸ Diane Crocker, « Criminalizing Harassment and the Transformative Potential of Law » (2008) 20:1 RFD 87 à la p 88 [Crocker].

²⁹ MacFarlane, *supra* note 27.

³⁰ Grant, *supra* note 10 aux pp 569–70.

These descriptions make clear that stalking is a form of psychological and/or physical terrorism that relies upon the existence of unequal power. Stalking is, therefore, primarily about control. The behaviour now labelled as stalking is neither new nor particularly distinct from other aspects of violence against women.³¹

Le harcèlement criminel est ainsi défini au *Code criminel* canadien :

Harcèlement criminel

264. (1) Il est interdit, sauf autorisation légitime³², d'agir à l'égard d'une personne sachant *qu'elle se sent harcelée* ou sans se soucier de ce *qu'elle se sente harcelée* si l'acte en question a pour effet de lui faire raisonnablement craindre - compte tenu du contexte - pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances.

Actes interdits

(2) Constitue un acte interdit aux termes du paragraphe (1), le fait, selon le cas, de :

- a) suivre cette personne ou une de ses connaissances de façon répétée;
- b) communiquer de façon répétée, même indirectement, avec cette personne ou une de ses connaissances;
- c) cerner ou surveiller sa maison d'habitation ou le lieu où cette personne ou une de ses connaissances réside, travaille, exerce son activité professionnelle ou se trouve;
- d) se comporter d'une manière menaçante à l'égard de cette personne ou d'un membre de sa famille.

Criminal harassment

264. (1) No person shall, without lawful authority and knowing that another person *is harassed* or recklessly as to whether the other person *is harassed*, engage in conduct referred to in subsection (2) that causes that other person reasonably, in all the circumstances, to fear for their safety or the safety of anyone known to them.

Prohibited conduct

(2) The conduct mentioned in subsection (1) consists of

- a) repeatedly following from place to place the other person or anyone known to them;
- b) repeatedly communicating with, either directly or indirectly, the other person or anyone known to them;
- c) besetting or watching the dwelling-house, or place where the other person, or anyone known to them, resides, works, carries on business or happens to be; or
- d) engaging in threatening conduct directed at the other person or any member of their family.

Analysant les différences entre les libellés anglais et français de l'infraction (en italiques ci-haut), la Cour d'appel du Québec, dans l'arrêt *Lamontagne*, qui est devenu le jugement de principe en la matière, favorise le libellé anglais, selon lequel la victime doit être harcelée (*is harassed*), plutôt que doit se sentir harcelée³³. Cette cour résume plus récemment les exigences de cette infraction en énumérant les éléments que la poursuite doit prouver hors de tout doute raisonnable :

³¹ Cairns Way, *supra* note 27 à la p 382.

³² Voir à ce sujet *R c Côté*, 2013 QCCA 1437 [*R c Côté*] et MacFarlane, *supra* note 27 aux pp 77-79.

³³ *R c Lamontagne*, (1998) 129 CCC (3^e) 181, 1998 CanLII 13048 (Qc CA).

1. Que l'accusé a commis un acte décrit au paragraphe 264(2)a),b),c) ou d) du *Code criminel*;
2. Que la victime a été harcelée;
3. Que l'accusé sait que la victime se sent harcelée ou ne se soucie pas que la victime se sente harcelée;
4. Que sa conduite a eu pour effet de faire raisonnablement craindre la victime pour sa sécurité ou celle d'une de ses connaissances, compte tenu du contexte;
5. Que la crainte de la victime était raisonnable dans les circonstances³⁴.

Le harcèlement criminel peut découler d'un seul incident, dans la mesure où il se qualifie³⁵, mais le seuil pour en être trouvé coupable est très élevé. Il s'agit d'une infraction hybride qui, lorsqu'elle est poursuivie par voie d'acte criminel, est passible d'une peine d'emprisonnement maximal de 10 ans³⁶.

Plusieurs auteurs ont critiqué l'infraction actuelle de harcèlement criminel³⁷, notamment en expliquant la confusion jurisprudentielle qu'elle a amenée³⁸, ainsi que la responsabilité qu'elle place erronément sur la victime, plutôt que sur l'agresseur :

This study of the case law demonstrates that, too often, the Canadian law on criminal harassment puts the responsibility on women to avoid criminal harassment and to ensure that the accused knows that his behaviour is harassing, rather than putting the responsibility on the accused to assess his own behaviour and determine that repeated phone calls or texts, watching, following, sending pictures to the complainant's workplace, and the like, are harassing behaviours.³⁹

En conséquence, le législateur pourrait modifier l'exigence de *mens rea* subjective, qui est trop exigeante et fait peser sur les victimes la responsabilité

³⁴ *R c Côté*, *supra* note 32 au para 25.

³⁵ *R v Kohl*, 2009 ONCA 100 [*R v Kohl*]; *JA c R*, 2024 QCCA 754.

³⁶ Art 264(3) Ccr. Si l'infraction est poursuivie par procédure sommaire, elle est passible d'un emprisonnement maximal de deux ans moins un jour et/ou d'une amende maximale de 5 000 \$ (art 787(1) Ccr).

³⁷ Sanjeev Anand, « Stop Stalking : A Search for Solutions, a Blueprint for Effective Change » (2001) 64:2 Sask L Rev 397; Cairns Way, *supra* note 27; Pierre Rainville, « Paroles de déraison et paroles de dérision : les excès de langage à l'épreuve du droit criminel canadien » (2015) 49 RJTUM 35 [Rainville]. Voir aussi Crocker, *supra* note 28.

³⁸ Christine Santerre, « Réorganisation d'une infraction désorganisée: le harcèlement criminel » (2013) 47:2 RJTUM 195.

³⁹ Grant, *supra* note 10 à la p 598.

de communiquer à leur agresseur le fait qu'elles se sentent harcelées. Celle-ci devrait être remplacée par une *mens rea* objective : qu'une personne raisonnable aurait su que le comportement était harcelant.

L'analyse de la jurisprudence démontre que la majorité des cas de harcèlement criminel a lieu dans un contexte périconjugal. Cependant, plus rarement, des accusations ont lieu dans un contexte de harcèlement de rue. Si un cas extrême peut donner lieu à un verdict de culpabilité⁴⁰, dans plusieurs cas, le tribunal estime que le comportement est insuffisant pour constituer du harcèlement criminel. Par exemple, des regards fixes lors de trajets d'autobus⁴¹ ou des commentaires vulgaires (« nice butt! Are those pants painted on? »)⁴² ne constituent pas du harcèlement criminel. Pour répondre aux cas de harcèlement de rue, Brunson estime que les dispositions relatives à l'indécence et à la nuisance paraissent *prima facie* plus utiles que les dispositions relatives aux voies de fait et au harcèlement criminel⁴³.

Pour à la fois résumer les infractions présentées jusqu'à maintenant et compléter avec d'autres, voici un tableau qui trace différents comportements qui peuvent constituer du harcèlement sexuel, dans des manifestations qui sont actuellement couvertes par le droit criminel canadien :

Comportements constituant du harcèlement sexuel	Infraction(s) criminelle(s)	Article du C.cr.	Peine maximale d'emprisonnement
Attouchements sexuels	Agression sexuelle	271	10 ans (ou 14 ans si la victime a moins de 16 ans)
Appels, textos et messages vocaux répétés	Harcèlement criminel Communications harcelantes	264(2)b) 372(3)	10 ans 2 ans
Communiquer électroniquement une photo offensante à caractère sexuel	Communications indécentes	372(2)	2 ans
Communiquer un fantasme de viol	Proférer des menaces	264.1	5 ans
Demande de faveurs sexuelles faites sous la menace de conséquences négatives sur l'emploi	Extorsion	346	Perpétuité

⁴⁰ Voir *R v Kohl*, *supra* note 35.

⁴¹ *R c Saim*, 2023 QCCQ 9775.

⁴² *R v Burns*, 2008 ONCA 6 au para 3.

⁴³ Brunson, *supra* 3 à la p 49.

Comportements constituant du harcèlement sexuel	Infraction(s) criminelle(s)	Article du C.cr.	Peine maximale d'emprisonnement
Menacer de représailles pour avoir refusé de se conformer à une demande à caractère sexuel	Extorsion	346	Perpétuité
Se déshabiller avec les portes ouvertes comme forme d'invitation sexuelle	Actions indécentes Nudité	173(1) 174	2 ans 2 ans – 1 jour
Suivre la personne de façon répétée	Harcèlement criminel	264(2)a)	10 ans

À la lumière de ce tableau, voyons maintenant quelles sont les formes de harcèlement sexuel qui échappent à la sanction du droit criminel.

C) Les formes de harcèlement sexuel non couvertes par le droit criminel actuel

Les formes de harcèlement sexuel non couvertes par le droit criminel canadien actuel sont des comportements qui n'impliquent aucun contact physique, que nous pouvons diviser en deux catégories. D'abord, les comportements créant un environnement hostile et ensuite, les cas de propositions d'avancement liées aux relations sexuelles.

Les comportements créant un environnement hostile peuvent prendre plusieurs formes. C'est souvent le caractère répété, en personne, d'une ou de plusieurs de ces manifestations qui constituera le harcèlement. Il s'agit de propos à connotation sexuelle ou sexiste, tels que des allusions sexuelles notamment au regard de ses préférences sexuelles, de questions de nature personnelle et sexuelle, de commentaires sur l'apparence physique ou l'attrait sexuel d'une personne, d'invitations sexuelles ou de rumeurs de nature sexuelle propagées au sujet de la victime. Il peut s'agir également de comportements non verbaux : regards concupiscent ou sifflements. Si ces comportements sont interdits, notamment en milieu de travail, ils ne sont pas pour autant criminels.

En particulier en contexte de travail, le harcèlement peut prendre la forme d'une offre de contrepartie positive. Une menace de quelque nature qu'elle soit pour forcer quelqu'un à avoir des relations sexuelles est criminelle, puisqu'elle constitue de l'extorsion⁴⁴. Le concept de menace emporte forcément l'idée de conséquences négatives : violence, congédiement, etc. Il ne peut pas être interprété comme s'appliquant aux conséquences positives. Ainsi, il n'est pas criminel au Canada d'offrir à

⁴⁴ Art 346 Ccr; *R c Davis*, [1999] 3 RCS 759 sur l'extorsion de faveurs sexuelles.

quelqu'un une contrepartie positive, comme une promotion, en échange de faveurs sexuelles. Il s'agit d'un autre angle mort du droit criminel par rapport au harcèlement sexuel⁴⁵.

C'est donc par rapport à ces formes de harcèlement sexuel non visées par le droit criminel actuel que la question de la criminalisation se pose : paroles, regards, sifflements et offres de contrepartie positive. Faudrait-il adapter le droit pour que toute forme de harcèlement sexuel, incluant celles-là, soit criminelle? Ou est-ce que le régime actuel, qui criminalise par différentes infractions les formes les plus graves de harcèlement, est suffisant?

II. Analyse de l'opportunité de criminaliser spécifiquement le harcèlement sexuel⁴⁶

La mesure dans laquelle le droit criminel couvre actuellement partiellement le phénomène du harcèlement sexuel étant maintenant établie, nous analyserons, dans ce contexte législatif, l'opportunité d'une criminalisation complémentaire et globale, plus spécifique au harcèlement sexuel. Nous traiterons d'abord des enjeux soulevés dans le cadre de cette réflexion, avant d'analyser quelques alternatives, c'est-à-dire quelques manières dont cette criminalisation pourrait se faire, si telle était l'avenue souhaitée.

A) Les enjeux

La criminalisation plus spécifique du harcèlement sexuel pose de nombreux enjeux, que nous avons regroupés en deux catégories : d'abord, les enjeux de nature constitutionnelle, puis, les enjeux plus sociaux liés à l'ampleur du champ pénal en la matière.

1) Les enjeux constitutionnels

Toute criminalisation mobilise une réflexion sur les droits et libertés de la personne, qui doivent être respectés. Ainsi, une éventuelle infraction doit être bien pensée afin de respecter non seulement le partage des compétences législatives entre le fédéral et les provinces, mais également la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Au Canada, comme chacun le sait, la compétence législative exclusive en matière de droit criminel échoit au Parlement fédéral : il lui appartient

⁴⁵ Stuart P Green, *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2020 à la p 187.

⁴⁶ *Ibid*; Hörnle, *supra* note 3.

donc de déterminer quels sont les comportements criminels au Canada⁴⁷. Cette compétence est importante et large. Dans l'exercice de cette compétence, le Parlement trace une interdiction assortie d'une sanction, qui doit s'appuyer sur un objet valide de droit criminel, comme la santé ou la sécurité⁴⁸. Ainsi, il ne fait pas de doute que le harcèlement sexuel, compte tenu des nombreux préjudices qu'il cause aux victimes, mobiliserait un objet valide de droit criminel permettant au Parlement fédéral de légiférer. C'est donc en nous basant sur cette compétence criminelle fédérale que la réflexion du présent texte est articulée.

Par contre, les provinces détiennent également une compétence pénale : celle de créer des infractions pour réglementer les secteurs dans lesquels elles ont par ailleurs compétence⁴⁹. Les compétences provinciales les plus souvent invoquées étant la propriété et les droits civils, ainsi que les matières de nature purement locale ou privée⁵⁰. À ce titre, les provinces ont le pouvoir de réglementer l'espace public, incluant les rues, les trottoirs et les transports en commun suivant leurs compétences provinciales. Des infractions provinciales visant à limiter les nuisances dans l'espace public ont été jugées constitutionnelles au plan du partage des compétences⁵¹. Une infraction qui aurait pour but de permettre à tous de profiter de l'espace public en toute quiétude pourrait donc être constitutionnelle à ce titre. En s'appuyant sur ce pouvoir, il serait possible pour les provinces de prévoir une infraction pénale, non criminelle, de harcèlement sexuel. Cela serait particulièrement pertinent pour une infraction de harcèlement de rue ou de harcèlement public. Le fait qu'une partie des comportements visés par cette loi provinciale relève également du droit criminel ne pose pas d'emblée de problème constitutionnel, car il n'y a pas forcément d'empiètement⁵².

En ce qui concerne le respect des droits de libertés, la réflexion sur la criminalisation du harcèlement sexuel mobilise les notions de liberté d'expression et de principes de justice fondamentale.

⁴⁷ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, art 91(27), reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

⁴⁸ *R c Malmo-Levine*; *R c Caine*, 2003 CSC 74; *Renvoi relatif à la Loi sur la procréation assistée*, 2010 CSC 61.

⁴⁹ *Loi constitutionnelle de 1867*, *supra* note 47, art 92(15).

⁵⁰ Marie-Ève Sylvestre, « Droit criminel, droit pénal et droits individuels » dans Jurisclasseur Québec, *Droit constitutionnel*, fasc 14, LexisNexis Canada (feuilles mobiles) au para 47 [Sylvestre].

⁵¹ Voir par exemple *R v Banks*, 2007 ONCA 19 (mendicité et sollicitation publique) et *R v Keshane*, 2012 ABCA 330 (bagarres).

⁵² Sylvestre, *supra* note 50 au para 49; *Goodwin c Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46 au para 32.

Tout d'abord, comme une infraction de harcèlement sexuel complémentaire au régime législatif actuel viserait surtout des paroles, cela mettrait en jeu la liberté d'expression. S'il est tout à fait possible de criminaliser l'expression⁵³, comme dans le cas des infractions de menaces ou de propagande haineuse, par exemple, il n'en demeure pas moins que la protection de l'alinéa 2b) de la Charte est mobilisée par une activité qui « transmet ou tente de transmettre une signification par une forme d'expression non violente »⁵⁴. Une expression violente est cependant exclue du champ d'application de la protection constitutionnelle, ce qui vise non seulement la violence physique, mais également les menaces de violence⁵⁵. Dans le contexte du harcèlement sexuel, on peut penser notamment à une menace d'agression sexuelle, qui ne bénéficierait pas de la protection. Cette exception poserait la question du lien entre harcèlement sexuel et violence, notamment pour la violence à caractère sexuel envers les femmes. Si les tribunaux devaient estimer que certaines formes de harcèlement sexuel ne sont pas forcément violentes, la limite à la liberté d'expression qu'elles amènent devrait être justifiée sous l'article premier de la Charte⁵⁶. L'objectif de combattre le harcèlement sexuel étant clairement un objectif urgent et réel, l'analyse se jouerait sur le critère de proportionnalité. Il faudrait donc analyser si l'infraction a été taillée précisément pour répondre à la problématique sociale en limitant le moins possible la liberté d'expression⁵⁷.

L'analyse de la liberté d'expression et de la justification d'une éventuelle atteinte est complexe⁵⁸. Se réclamant de la métaphore du marché des idées chère à la philosophie libérale, la jurisprudence de la Cour suprême révèle en fait une approche pragmatique⁵⁹. Il y a quelques années, la Cour a été appelée à se pencher sur le conflit entre la liberté d'expression et la protection de la dignité de membres de minorités⁶⁰. Bien que dans cette affaire, il ne s'agissait pas d'un contexte criminel, les valeurs en jeu, soit la liberté d'expression d'un côté et la dignité de la personne

⁵³ Rainville, *supra* note 37. Pour un exemple d'infraction expressive, voir *R c Zundel*, [1992] 2 RCS 731 [*R c Zundel*].

⁵⁴ *R c Keegstra*, [1990] 3 RCS 697 à la p 698.

⁵⁵ *R c Khawaja*, 2012 CSC 69 au para 70.

⁵⁶ *R c Oakes*, [1986] 1 RCS 103. Pour quelques exemples d'analyse de justification de la restriction de la liberté d'expression en matière criminelle, voir *R c Butler*, [1992] 1 RCS 452, *R c Zundel*, *supra* note 53 et *R c Sharpe*, 2001 CSC 2.

⁵⁷ *RJR-MacDonald Inc c Canada (Procureur général)*, [1995] 3 RCS 199.

⁵⁸ Richard Moon, « Justified Limits on free Expression: The Collapse of the General Approach to Limits on charter Rights » (2002) 40:3-4 Osgoode Hall LJ 337.

⁵⁹ Stéphane Bernatchez, « La signification du droit à la liberté d'expression au crépuscule de l'idéal » (2012) 53:4 C de D 687.

⁶⁰ *Ward c Québec (Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse)*, 2021 CSC 43 aux para 79 et s.

de l'autre, sont similaires à celles qui seraient en jeu dans un contexte de justification du harcèlement de rue. Il est bien difficile d'analyser ces questions et de transférer cette analyse sans avoir un projet de libellé d'infraction, mais il s'agirait certainement d'une préoccupation que le législateur devrait avoir bien en tête au moment de la rédaction d'une éventuelle infraction.

Ensuite, l'idée de criminaliser le harcèlement sexuel devrait se faire dans le respect des principes de justice fondamentale prévus par l'article 7 de la Charte canadienne. Deux principes sont ici en jeu : l'exigence de précision des lois et la protection contre la portée excessive.

Le principe de légalité et l'exigence de précision qu'elle implique doivent être respectés. Ainsi, non seulement une infraction doit-elle être prévue par la loi, mais cette loi doit être suffisamment précise pour donner un avertissement raisonnable au citoyen⁶¹. Cette exigence amène la question de la difficile définition du harcèlement sexuel. Alors qu'en contexte de droit du travail, où le principe de légalité ne s'applique pas, la définition du harcèlement sexuel est générale, sans énumérer d'actes précis, la définition du harcèlement criminel énumère plutôt des actions précises qui sont interdites. Rédiger un libellé suffisamment précis d'infraction de harcèlement sexuel, mais sans tomber dans une très longue énumération, pourrait constituer un défi, pas forcément insurmontable, mais un défi tout de même.

Dans la même logique, une éventuelle infraction ne devrait pas avoir une portée excessive. Dans l'arrêt *Bedford*, la Cour suprême du Canada a invalidé certaines dispositions relatives à la prostitution, qui violaient l'article 7. Notamment, la disposition sur le proxénétisme a été invalidée à cause de sa portée excessive, qui est définie ainsi : « Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certain*s actes qui n'ont aucun lien avec son objet. »⁶² Autrement dit : « La portée excessive permet seulement au tribunal de reconnaître l'absence de lien lorsqu'une disposition va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application un comportement qui n'a aucun rapport avec son objectif. »⁶³

L'interdiction de l'aide médicale à mourir a aussi été invalidée sur cette base. Dans l'arrêt *Carter*, la Cour suprême a déterminé :

Suivant cette approche, nous concluons que la prohibition de l'aide à mourir a une portée excessive. Comme nous l'avons vu, l'objet de la loi est d'empêcher

⁶¹ *R c Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 RCS 606.

⁶² *Canada (Procureur général) c Bedford*, 2013 CSC 72 au para 112.

⁶³ *Ibid* au para 117.

que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse. Le Canada a admis au procès que la loi s'applique à des personnes qui n'entrent pas dans cette catégorie (...). Il s'ensuit que la restriction de leurs droits n'a, dans certains cas du moins, aucun lien avec l'objectif de protéger les personnes *vulnérables*. La prohibition générale fait entrer dans son champ d'application une conduite qui n'a aucun rapport avec l'objectif de la loi.⁶⁴

Ainsi, pour respecter l'article 7 de la Charte canadienne, une exception à l'interdiction de l'aide au suicide dans les cas d'aide médicale à mourir a dû être forgée pour les adultes capables qui remplissent les conditions prévues par la Cour⁶⁵.

En matière de harcèlement sexuel, la protection contre la portée excessive empêche donc de ratisser trop large afin de s'assurer d'englober tous les comportements problématiques. Il faut fixer la ligne juste à la bonne place. Cela nous amène à analyser la question de l'ampleur optimale du champ pénal dans le domaine.

2) Les enjeux relatifs à l'ampleur du champ criminel

Le droit criminel étant un outil puissant et imparfait, il importe de l'utiliser à bon escient, ce qui pose l'enjeu de l'ampleur de son champ ou, autrement dit, de son rayon d'action. Souvent, face à quelque problème que ce soit dans une société, le réflexe peut être de criminaliser. Cette logique est basée sur le fait que l'être humain est raisonnable et ne veut pas se voir imposer de peine, donc, adaptera son comportement en conséquence. C'est la valeur préventive ou dissuasive du droit criminel.

En revanche, la réalité est plus complexe et l'effectivité du droit criminel est malheureusement loin d'être parfaite, surtout en matière sexuelle⁶⁶. L'effectivité réfère à la mesure dans laquelle une règle de droit produit les effets escomptés, c'est-à-dire les effets recherchés par le législateur⁶⁷. Selon François Ost et Michel Van de Kerchove, il s'agit essentiellement de « la capacité de la règle à orienter le comportement de ses destinataires dans le sens souhaité par le législateur »⁶⁸. En matière criminelle, il s'agit souvent

⁶⁴ *Carter c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5 au para 86. Voir aussi, au sujet de la portée excessive en contexte de détermination de la peine, *R c Sharma*, 2022 CSC 39.

⁶⁵ Cela a donné lieu aux articles 241.1 et suivants du *Code criminel*, LRC 1985, c C-46.

⁶⁶ Sarah Koenig, *L'effectivité de la répression des infractions sexuelles en France et au Canada*, thèse de doctorat en droit, Université de Bordeaux et Université de Sherbrooke, 2021.

⁶⁷ Yann Leroy, « La notion d'effectivité du droit » (2011) 79 *Droit & Soc* 715.

⁶⁸ François Ost et Michel Van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis,

de la capacité du droit de dissuader certains comportements. Dans quelle mesure l'adoption d'une nouvelle infraction relative au harcèlement sexuel pourrait-elle amener une baisse de ces comportements? Cela est souvent loin d'être automatique et difficile à mesurer. La présence d'autres initiatives ou changements sociaux peut créer des circonstances favorables à l'effectivité d'une règle de droit. Ainsi, la criminalisation n'est pas un sésame universel. Elle peut néanmoins être appropriée, mais dans les cas pertinents seulement.

Pour le harcèlement sexuel, un cadre législatif complexe est déjà en place, lequel emprunte tant au droit criminel, au droit du travail qu'aux droits de la personne. Ainsi, la relation entre une éventuelle nouvelle infraction et, d'une part, celles qui sont en place et, d'autre part, la législation extracriminelle est à considérer. La redondance entre les infractions, bien que présente en droit canadien, n'est pas à encourager.

La préoccupation à avoir en tête est celle de la surcriminalisation, c'est-à-dire l'usage abusif du droit criminel pour régler tous les problèmes sociaux⁶⁹. Même si ce concept s'applique en particulier aux crimes sans victimes, ce qui n'est pas le cas du harcèlement sexuel, il est pertinent dans la réflexion parce que les formes de harcèlement sexuel qui ne sont pas couvertes actuellement par le droit criminel en sont les formes mineures. Par exemple, devrait-on mobiliser le droit criminel pour interdire de siffler une personne? Cela pose la question de la surcriminalisation et du droit de ne pas être criminalisé⁷⁰. Dans le contexte de cette réflexion, il faut se rappeler que les effets de la criminalisation n'ont pas d'effets égaux sur tous : elle affecte toujours de manière disproportionnée les minorités et contribue à creuser les écarts entre les groupes, en particulier les groupes défavorisés.

D'un autre côté, la faible réponse pénale ou l'absence de réponse ne doit pas être interprétée comme une banalisation du phénomène. Ainsi, si une province décidait de prévoir une infraction réglementaire visant des formes plus mineures de harcèlement de rue, dont la peine serait légère, cela ne devrait pas être interprété comme minimisant l'importance et la complexité du phénomène du harcèlement sexuel. Le défi est de situer le harcèlement sexuel dans un continuum de violences sexuelles subies principalement par les femmes et de prendre en compte l'effet cumulatif

2002 à la p 329.

⁶⁹ Douglas Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*, Oxford University Press, 2009.

⁷⁰ Dennis J Baker, *The Right not to be Criminalized: Demarcating Criminal Law's Authority*, Londres, Routledge, 2011.

des intrusions quotidiennes dans leur intimité et l'effet collectif qu'elles ont⁷¹.

Face à ces différents enjeux, si un législateur souhaitait prévoir une nouvelle infraction visant le harcèlement sexuel, voyons quelles seraient les principales alternatives à cet égard.

B) Les alternatives

Pour faire en sorte que le harcèlement sexuel sous ses différentes formes soit criminalisé au Canada, deux grandes avenues sont possibles : criminaliser le harcèlement sexuel en général ou viser plus spécifiquement le harcèlement de rue.

1) La criminalisation du harcèlement sexuel en général

Si le législateur fédéral souhaitait criminaliser le harcèlement sexuel en général, il pourrait le faire soit en modifiant l'article 264 C.cr. sur le harcèlement criminel, soit en prévoyant une nouvelle disposition complémentaire à cet effet.

L'avantage de prévoir une infraction spécifique tiendrait à la nature communicationnelle du droit criminel. Le nom de l'infraction correspondrait plus justement à la réalité vécue par la victime. La nature du harcèlement sexuel serait mieux reconnue : il s'agit d'un agrégat d'atteintes de différentes natures qui s'accumulent pour créer le préjudice. C'est un tout.

Une distinction majeure entre l'infraction actuelle de harcèlement criminel et une éventuelle infraction de harcèlement sexuel serait forcément l'exigence explicite du caractère sexuel. Un parallèle peut être tracé avec l'agression sexuelle, qui est une forme d'agression ou de voies de fait, mais qui, en plus, possède un caractère sexuel qui en fait une infraction plus grave. Ainsi, si le Parlement canadien souhaitait criminaliser le harcèlement sexuel, il devrait, dans le texte créateur de l'infraction, prévoir le caractère sexuel du harcèlement comme élément supplémentaire d'*actus reus* à prouver. Il serait possible d'utiliser la même définition du caractère sexuel que celle qui prévaut pour l'agression sexuelle, c'est-à-dire qu'elle est déterminée objectivement⁷². Dans l'arrêt *Chase*, la Cour suprême du Canada a décrit le critère ainsi : « “Compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable peut-elle

⁷¹ Linnea Wegerstad, « Theorising sexual harassment and criminalization in Swedish context » (2022) 9:2 *Bergen J Crim L & Crim Justice* 81.

⁷² *Ewanchuk*, *supra* 19 au para 25.

percevoir le contexte sexuel ou charnel de l'agression?" La partie du corps qui est touchée, la nature du contact, la situation dans laquelle cela s'est produit, les paroles et les gestes qui ont accompagné l'acte, et toutes les autres circonstances entourant la conduite, y compris les menaces avec ou sans emploi de la force, constituent des éléments pertinents »⁷³. Ce critère pourrait être adapté en enlevant les références aux touchers pour englober le harcèlement sexuel sous toutes ses formes.

Cette exigence supplémentaire de preuve, relative au caractère sexuel, même si elle n'est pas aussi difficile à prouver que d'autres éléments du harcèlement, demeurerait tout de même un fardeau additionnel pour la poursuite et donc un élément qui pourrait entraîner un verdict de non-culpabilité s'il n'était pas prouvé hors de tout doute raisonnable. Cette exigence additionnelle, qui crée un risque supplémentaire, n'est donc pas forcément stratégique pour les victimes.

Une nouvelle infraction de harcèlement sexuel créerait aussi un chevauchement important avec plusieurs infractions déjà connues, et en particulier celle de harcèlement criminel. En effet, une nouvelle disposition sur le harcèlement sexuel en général ferait largement double emploi avec le harcèlement criminel. Ce chevauchement mobilise la question de la nécessité d'une nouvelle infraction, de la confusion entre deux infractions de harcèlement ainsi que du principe de modération en droit pénal.

Rappelons-nous les critiques qui ont été faites lors de l'adoption de l'article 264 C.cr. criminalisant le harcèlement, alors qu'aucune organisation de femmes ne l'avait demandé et qu'elles avaient été très peu consultées dans le processus⁷⁴. Est-ce qu'actuellement, les organisations de femmes demandent de criminaliser le harcèlement sexuel de manière générale au Canada? Pas à notre connaissance. Elles dénoncent et luttent contre le harcèlement sexuel comme toutes les autres formes de violence envers les femmes et elles ont de nombreuses suggestions ou demandes à ce sujet, mais celles-ci n'incluent pas la criminalisation.

Elles proposent plutôt de miser sur la prévention (programmes de formation et d'éducation, partage de connaissances, interventions), la prise en charge efficace des plaintes (formation et indépendance des

⁷³ *R c Chase*, [1987] 2 RCS 293 au para 11.

⁷⁴ Cairns Way, *supra* note 27 aux pp 390-1.

enquêteurs, confidentialité des plaintes dans certains contextes, services pour victimes)⁷⁵ et le financement de la recherche⁷⁶.

Les organisations féministes ne favorisent pas nécessairement la criminalisation. Par exemple, le Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes s'est positionné contre la criminalisation du contrôle coercitif, notamment à cause des impacts disproportionnés sur les personnes issues de minorités, dont les Autochtones et les personnes racisées :

The criminal legal system is a site of colonialism and systemic discrimination against Black, Indigenous and racialized women, girls, trans and non-binary people. This fact must be held at the center of every discussion about a carceral response to intimate partner violence. The impact of a new criminal offence will be felt more deeply by members of marginalized groups, who are already disproportionately surveilled, targeted and punished.⁷⁷

2) Vers une nouvelle infraction de harcèlement de rue?

Ce qu'on appelle communément le harcèlement de rue, mais qui réfère plus largement au harcèlement sexuel dans l'espace public, consiste en des troubles dont certaines filles et jeunes femmes sont victimes quotidiennement : sifflements, interpellations sexistes, commentaires souvent vulgaires sur l'apparence, propositions sexuelles, etc.⁷⁸ Ce type de comportement inclut ce qui est connu en anglais sous le terme « catcalling » et survient principalement dans la rue et dans les transports en commun.

⁷⁵ Fédération des femmes du Québec (FFQ), Young Women's Christian Association (YWCA), Fonds d'action et d'éducation pour les femmes (LEAF/FAEJ); Fondation canadienne des femmes, « [Agression sexuelle et harcèlement: les faits](#) » (dernière mise à jour le 22 novembre 2022), en ligne : <<https://tinyurl.com/yxdrzuus>>; Association nationale femmes et droit, « [Presentation on Bill C-65, An Act to amend the Canada Labour Code \(harassment and violence\)](#) » (21 mars 2018), en ligne : <<https://tinyurl.com/3dpazemw>>.

⁷⁶ Comité permanent de la condition féminine, [Agir pour mettre fin à la violence envers les jeunes femmes et filles au Canada](#), Chambre des communes, mars 2017, recommandations 6 et 40, en ligne : <<https://tinyurl.com/ycuspmk7>>.

⁷⁷ Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes (FAEJ), [Position Paper on the Criminalization of Coercive Control](#), en ligne : <<https://tinyurl.com/3cvwe5wy>>.

⁷⁸ Au sujet du harcèlement de rue à Montréal, voir Mélissa Blais, Mélusine Dumerchat et Audrey Simard, [Les impacts du harcèlement de rue sur les femmes à Montréal](#), Montréal, Service aux collectivités de l'Université du Québec à Montréal/Centre d'éducation et d'action des femmes, 2021, en ligne : <<https://tinyurl.com/yc4b7ufe>>.

Bien qu'on utilise communément le terme « harcèlement » pour décrire ce phénomène, il n'implique pas forcément un comportement répété de la part de la même personne ni un événement « grave » au sens de la jurisprudence. C'est l'expérience quotidienne basée sur l'accumulation de différentes interventions qui forme le harcèlement.

Certaines personnes estiment que le harcèlement de rue devrait être criminel au Canada⁷⁹ ou ailleurs dans le monde⁸⁰, afin de reconnaître la particularité et l'importance des préjudices causés par ces comportements. L'idée serait de créer une infraction complémentaire à celles qui existent déjà, pour cibler la partie des comportements qui non seulement n'est pas déjà criminalisée, mais n'est pas non plus interdite. Donc, aucun contact physique ne serait exigé, car dans ce cas, on pourrait poursuivre pour agression sexuelle. L'infraction de harcèlement de rue viserait les comportements subis dans l'espace public, que ce soit la rue, les transports en commun ou tout autre endroit public, principalement par les femmes, souvent de la part des inconnus. Elle serait forcément moins grave que l'agression sexuelle et le harcèlement criminel. Il pourrait s'agir d'une infraction sommaire⁸¹. Pour être constitutionnellement valide, elle devrait être assortie d'une exigence de *mens rea*, puisqu'une personne moralement innocente ne peut être trouvée coupable d'une infraction criminelle⁸².

Un défi important avec ce type d'infraction est la difficulté à identifier les agresseurs. Comme ils sont généralement inconnus de la victime et passent parfois rapidement, il peut être ardu de les retrouver et de les identifier. Se pose donc la problématique de l'applicabilité limitée d'une telle infraction, tel que nous l'enseigne le droit comparé.

Quelques pays ont créé des infractions pour endiguer le problème du harcèlement de rue, dont la Belgique et la France⁸³. En Belgique, depuis

⁷⁹ Brunson, *supra* note 3 à la p 50; Kiera Liblik, « [Catcalling: should it be criminal? The undiscussed offense of calling out to strangers on the street](https://tinyurl.com/y8tvraks) », *The Queen's University Journal* (30 juin 2015), en ligne : <<https://tinyurl.com/y8tvraks>>; Norma Anne Oshynko, *No Safe Place: The Legal Regulation of Street Harassment*, mémoire de maîtrise en droit, University of British Columbia, 2002 [Oshynko].

⁸⁰ Holly Robson, « Walking the Streets without Fear: Investigating a Specific Offence of Public Sexual Harassment » (2023) 4 York L Rev 5; Chandler L Mores, « When a Stranger Catcalls: The Need for Street Harassment Remedies in Iowa » (2021) 106 Iowa L Rev 971.

⁸¹ Oshynko, *supra* note 79 à la p 88.

⁸² *R c Hess*; *R c Nguyen*, [1990] 2 RCS 906.

⁸³ Jean-Marc Hausman, « Criminalisation of "Street Harassment" in Belgium and France: Two Different Legislative Approaches to "Sexist" Acts » (2023) 14:2 CRIMEN 125.

2014, le sexisme dans l'espace public est pénalisé⁸⁴. La loi prévoit une définition du sexisme, qui « s'entend de tout geste ou comportement qui, dans les circonstances [publiques, impliquant plusieurs personnes ou devant témoins], a manifestement pour objet d'exprimer un mépris à l'égard d'une personne, en raison de son appartenance sexuelle, ou de la considérer, pour la même raison, comme inférieure ou comme réduite essentiellement à sa dimension sexuelle et qui entraîne une atteinte grave à sa dignité »⁸⁵. Tout comportement entrant dans cette définition constitue une infraction passible d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 50 à 1 000 euros ou de l'une de ces peines⁸⁶. Cette infraction s'applique tant au harcèlement de rue qu'ailleurs dans l'espace public.

Malgré cette loi, le sexisme demeure sous-rapporté en Belgique⁸⁷. Après avoir discuté de l'effectivité et de la valeur symbolique de cette loi, l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes de Belgique, dans sa recommandation concernant la Loi tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public, écrit tout de même que : « Or, l'incrimination de sexisme est un signal fort de la part du législateur qui ne peut être que bienvenu pour faire évoluer les mentalités. De plus, elle sert également de levier pour mobiliser des acteurs et légitimer les actions des associations de défense des droits des femmes. »⁸⁸

Le législateur français a par la suite opté pour la pénalisation de l'outrage sexiste ou sexuel. Cette infraction, qui n'est pas un crime, mais un délit maintenant passible de 3 750 euros d'amende, est basée sur le fait « d'imposer à une personne tout propos ou tout comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante »⁸⁹, lorsque ce fait est

⁸⁴ Belgique, *Loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de pénaliser l'acte de discrimination*, en ligne : <<https://tinyurl.com/mwpmjxy3>>.

⁸⁵ *Ibid*, art 2.

⁸⁶ *Ibid*, art 3.

⁸⁷ Belgique, *Recommandation de l'Institut pour l'égalité des femmes et des hommes no 2022-R010 concernant la Loi tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public*, Institut pour l'égalité des femmes et des hommes, aux pp 26-27, en ligne : <<https://tinyurl.com/2s3z6c2b>> [Institut pour l'égalité des femmes et des hommes de Belgique].

⁸⁸ *Ibid* à la p 24.

⁸⁹ Art 222-33-1-1 Code pénal (France), ajouté par la *Loi n° 2023-22 du 24 janvier 2023 d'orientation et de programmation du ministère de l'intérieur*. L'outrage sexiste ou sexuel a été implanté en 2018, mais dans une forme moins grave dans un premier temps.

commis à l'encontre de certaines personnes vulnérables ou dans certaines circonstances, comme dans le transport en commun.

Comme plusieurs autres, la professeure Audrey Darsonville est critique par rapport à cette infraction :

Dès lors, déterminer un tel interdit pénal poursuit essentiellement une finalité pédagogique. Il s'agit d'user (d'abuser) de la fonction expressive du droit pénal pour informer la société que les actes de harcèlement de rue contre les femmes sont des actes répréhensibles. Or, l'interdit pénal non assorti d'une application effective n'a guère de sens et contribue à dévoyer la matière pénale utilisée pour transmettre un message social plus que juridique. Plutôt que de solliciter le droit pénal comme un rempart à tout fléau social, une démarche éducative serait plus opportune. Développer des sensibilisations dès le plus jeune âge aux inégalités entre les hommes et les femmes pourrait sur le long terme s'avérer bien plus efficace que l'adoption d'une contravention inappliquée.⁹⁰

Un constat commun se dresse face aux dispositions pénalisant d'une manière ou d'une autre le harcèlement de rue en droit comparé. Tant en France qu'en Belgique, les dispositions ont été peu utilisées, donnant lieu à très peu de poursuites et donc de condamnations⁹¹. Dans la réflexion sur l'opportunité d'une intervention législative à cet égard, il faudrait se pencher plus en détail sur les raisons qui expliquent cet état de fait pour analyser dans quelle mesure ces raisons seraient également applicables en droit canadien. La redondance entre une telle infraction et d'autres, plus graves, ainsi que le risque de déqualification que cela amène, doit également être considérée. Ces différents constats nous amènent à tout le moins à bien réfléchir avant de créer une nouvelle infraction.

Conclusion

Les préjudices liés au harcèlement sexuel sont clairs et des actions doivent être mises en place pour améliorer la situation. Cependant, il faut éviter le piège qui consiste à croire que la solution à tous les problèmes sociaux est la criminalisation. La problématique du harcèlement sexuel est profonde et complexe, car elle met en jeu les dynamiques du pouvoir ainsi que les relations entre les hommes et les femmes. L'application des mécanismes déjà en place, qu'ils relèvent du droit criminel ou non, doit être raffinée.

⁹⁰ Audrey Darsonville, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles » (2017) AJ Pénal 532.

⁹¹ Jimmy Charruau, « Harcèlement de rue : la loi française est-elle vraiment plus efficace que la loi belge? » (2022) R Dalloz 123; Institut pour l'égalité des femmes et des hommes de Belgique, *supra* note 87.

Toute réflexion sur la question du harcèlement sexuel doit se faire en dialoguant avec les premières personnes visées par le phénomène : les femmes ainsi que les personnes issues de la diversité de genre. Le caractère intersectionnel important du phénomène doit être pris en compte. Il y a donc lieu d'établir une conversation avec les organisations de femmes, dans toute leur diversité, sachant qu'elles ne forment pas un bloc monolithique.

Dans ce type de dossier, l'éducation demeure souvent une clé plus puissante et plus fertile que celle de la prison.