

Université de Montréal

Nature et fonction du consentement au sein de l'éthique de la sexualité

par

Guillaume Bard

Département de Philosophie

Faculté des arts et sciences

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de M.A. en philosophie

Janvier 2011

© Guillaume Bard 2011

Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :
Nature et fonction du consentement au sein de l'éthique de la sexualité

présenté par :
Guillaume Bard

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Ryoa Chung, présidente-rapporteure
Christine Tappolet, directrice de recherche
Christian Nadeau, membre du jury

Résumé

Quelles sont les conditions sous lesquelles nous pouvons dire qu'un acte sexuel est moralement permissible? Plus précisément, quel est le rôle qui doit être accordé à la notion de consentement des partenaires dans la détermination de l'acceptabilité morale des actes sexuels? Dans un premier temps, je tâcherai d'exposer la nature même du consentement, en soulignant son caractère performatif ainsi que ses composantes essentielles, sans la présence desquelles le consentement serait invalide. Sur cette base, j'établirai trois schémas possibles quant à la fonction du consentement, selon qu'on en fasse une condition de la permissibilité morale qui soit a) suffisante et nécessaire, b) non suffisante mais nécessaire, c) ni suffisante ni nécessaire. Je tenterai ensuite de voir quelles peuvent être les autres conditions qui complètent ou remplacent la nécessité du consentement. Dans cette perspective j'examinerai plus scrupuleusement une position conforme au deuxième schéma, soit celle que Raymond Belliotti a développée dans son ouvrage *Good Sex* (1993). Pour conclure, j'avancerai l'hypothèse que plusieurs des conditions qui complètent ou remplacent la nécessité du consentement en matière sexuelle peuvent être conçues soit comme une redondance, au sens où ces conditions sont déjà implicites dans la définition même du consentement, soit comme une limitation aux libertés individuelles, telles qu'on les conçoit dans un esprit libéral.

Mots-clés : Philosophie, Éthique, Consentement, Sexualité.

Abstract

What are the conditions under which we can say that sexual acts are morally permissible? More specifically, what role should consent play in determining the moral permissibility of sexual acts? I will first expose the nature of consent and outline its performative character as well as its essential components, whose absence would invalidate consent. On this basis, I will then establish three possible structures : the first structure takes consent to be a sufficient and necessary condition of the moral permissibility of sexual acts; the second structure considers that consent is necessary but not sufficient to moral permissibility; and, according to the third structure, consent is neither sufficient nor necessary to moral permissibility. I will then try to see what other conditions are required to complement or replace the condition of consent. More specifically, I will discuss a theory that Raymond Belliotti proposed in his 1993 book *Good Sex*, a theory that seems to comply with the second structure. To conclude, I will argue that most conditions that complement or replace the condition of consent in the sexual realm could be thought of either as redundant because they are already included in the initial definition of consent, or as a restriction of the individual freedom inherent to liberal ethics.

Keywords: Philosophy, Ethics, Consent, Sexuality.

Table des matières

Introduction.....	1
Chapitre 1 : Les modèles du consentement.....	4
Une première caractérisation du modèle attitudinal.....	5
La critique du modèle attitudinal : trois objections initiales.....	8
Le modèle attitudinal revu et corrigé.....	13
Nouvelles objections au modèle attitudinal.....	16
Le modèle performatif.....	21
La dimension illocutoire du consentement.....	22
Le pouvoir normatif du consentement.....	25
Quelques objections adressées au modèle performatif et leurs répliques.....	29
Chapitre 2 : Les critères de validité du consentement.....	40
L'inégibilité de la condition de manifestation comme critère de validité.....	41
Premier critère de validité : le caractère libre du consentement.....	43
Deuxième critère de validité : le caractère éclairé du consentement.....	54
Troisième critère de validité : la compétence du sujet.....	58
Quelques remarques conclusives sur les critères de validité.....	63
Chapitre 3 : La fonction du consentement et la théorie de Belliotti.....	65
Trois structures possibles quant à la fonction du consentement.....	65
Première structure : la position libérale.....	65
Deuxième structure : conservatisme, romantisme, féminisme, marxisme.....	68
Troisième structure : quelques considérations conséquentialistes.....	72
La théorie de Raymond Belliotti : une moralité sexuelle en cinq axes.....	73
Une critique de l'exigence de non-exploitation.....	81
Le problème de l'exploitation non coercitive.....	82
Le problème de l'exploitation légèrement coercitive.....	87
Une position libérale nuancée.....	91
Conclusion.....	93
Bibliographie.....	97

*À la mémoire de Jeanne Simon (1923-2010),
de sa pensée libre, de son sens de la justice*

Remerciements

J'aimerais tout d'abord remercier ma directrice de recherche, Christine Tappolet, pour ses précieux conseils et son soutien indéfectible, mais également pour l'attention, la confiance et l'intérêt qu'elle a témoignés à l'égard de mes recherches.

J'aimerais ensuite remercier mes collègues du Groupe de Recherche Interuniversitaire sur la Normativité (GRIN), et plus particulièrement Morgane Paris et Martin Gibert, avec qui j'ai souvent eu l'occasion de discuter de mes idées et de mes hypothèses, et dont la générosité et l'écoute ont souvent permis de calmer mes incertitudes et mes hésitations.

Un merci tout particulier à Geneviève Lessard, qui m'a fortement encouragé à me lancer dans cette entreprise, ainsi qu'à mes parents Pierre et Danièle, qui ont toujours manifesté un intérêt sincère à l'égard de mes projets.

Enfin, je remercie de tout cœur Étienne Tremblay, dont la présence et la patience m'ont accompagné tout au long de ce parcours.

Introduction

Quelles sont les conditions sous lesquelles nous pouvons dire qu'un acte sexuel est moralement permissible? En général, on admet que la présence (ou l'absence) de consentement des participants peut servir de critère pour établir le caractère moral (ou immoral) des actes sexuels. Mais en quel sens la notion de consentement doit-elle être entendue? Quel est, précisément, le rôle qui doit être accordé au consentement des participants dans la détermination de la permissibilité morale des actes et comportements sexuels?

Dans le premier chapitre de ce mémoire, je tâcherai d'exposer la nature même du consentement. La première question que l'on doit se poser est celle de savoir si le consentement est de nature mentale ou comportementale. Je présenterai donc le débat qui oppose deux modèles du consentement, soit le modèle attitudinal, qui conçoit le consentement comme un état mental du sujet¹, et le modèle performatif, qui considère que le consentement est avant tout une affaire de comportement extérieur observable. Après avoir évalué les arguments en faveur et en défaveur de chacun des deux modèles, je tenterai de démontrer en quoi le modèle performatif surpasse son concurrent attitudinal, et je soulignerai notamment l'importance du pouvoir normatif que le consentement doit posséder sur le plan éthique.

Dans le deuxième chapitre, je poursuivrai mon analyse de la nature du consentement en soulignant ses composantes essentielles, sans la présence desquelles le consentement serait vicié donc invalide. Il s'agira de définir le consentement comme libre, éclairé, et provenant de sujets jugés compétents. L'adjonction de ces trois critères de validité permet de nuancer le modèle performatif, en évitant de l'assimiler à une conception purement behavioriste du consentement. En effet, sans

¹ Tout au long de ce mémoire, j'emploierai le terme « sujet » pour parler du sujet consentant, et le terme « agent » ou « agent externe » pour désigner l'individu à qui le consentement est donné. Pour ce qui est des exemples, je me conformerai à la tradition en utilisant « B » ou « sujet B » pour désigner l'individu dont le consentement est requis, et « A » ou « agent A » pour désigner celui qui demande ou obtient le consentement du sujet.

l'adjonction de ces critères, on pourrait reprocher au modèle performatif de ne pas suffisamment tenir compte de notre intuition préthéorique selon laquelle le consentement devrait refléter une volonté réelle et authentique chez le sujet consentant : on pourrait par exemple arguer que l'adoption d'un modèle performatif implique qu'un sujet puisse consentir à quelque chose contre son gré, c'est-à-dire sans qu'il entretienne en son for intérieur une volonté réelle et authentique à l'égard de l'objet de son consentement. Or, ces objections se dissolvent d'elles-mêmes dès lors qu'on adjoint au modèle performatif les trois critères de validité mentionnés. Ceux-ci agissent comme des balises qui permettent, lorsqu'ils sont satisfaits, de solidifier notre supposition initiale quant au caractère intentionnel du consentement d'un sujet.

Dans le dernier chapitre, j'évoquerai le rôle que le consentement joue au sein des diverses théories en éthique de la sexualité : j'établirai trois structures possibles quant à la fonction du consentement, selon qu'on en fasse une condition de la permissibilité morale des actes sexuels qui soit : 1) suffisante et nécessaire; 2) non suffisante mais nécessaire; 3) ni suffisante ni nécessaire. J'examinerai plus scrupuleusement une théorie conforme à la deuxième structure, soit celle de Raymond Belliotti². Cette théorie examine les cas d'exploitation sexuelle pour tenter de démontrer que le consentement n'est pas, à lui seul, garant de la permissibilité morale des actes sexuels. Sur la base d'un tel constat, Belliotti définit de nouvelles conditions nécessaires à la permissibilité morale des actes sexuels, dont une exigence de non-exploitation. La théorie de Belliotti est particulièrement intéressante parce que, contrairement à certaines positions plus conservatrices en éthique de la sexualité qui s'opposent de plein fouet à la position libérale³, elle tente plutôt d'amender celle-ci, en lui annexant des éléments inspirés de la philosophie féministe ou marxiste. Pour le dire autrement, c'est une théorie qui critique la position libérale en éthique de la sexualité, mais qui le fait en ayant recours à certaines intuitions — comme le statut

² BELLIOTTI 1993.

³ Je pense ici aux théories perfectionnistes, religieuses, romantiques, etc., dont on peut dire au fond qu'elles appartiennent à un tout autre paradigme que celui proposé par le libéralisme.

moralement problématique de l'exploitation sexuelle — dont même le penseur libéral est susceptible de reconnaître la valeur.

La théorie de Belliotti présente cependant plusieurs problèmes. Si les pratiques sexuelles que Belliotti associe à une forme d'exploitation sont pleinement consenties par les individus qui y participent, on voit mal pourquoi on devrait dire de ces pratiques qu'elles constituent des exemples d'exploitation : à mon avis, leur condamnation morale s'apparente alors à une forme injustifiée de paternalisme moral. Par contre, si la participation des individus à ces pratiques n'est pas tout à fait libre — parce qu'elle résulte, par exemple, d'un manque d'autonomie, d'une vulnérabilité psychologique, de circonstances défavorables ou coercitives, etc. —, on est en droit de se demander si ces éléments empiriques ne sont pas, en eux-mêmes, de nature à invalider le consentement.

Je conclurai en émettant l'hypothèse que les conditions qui complètent ou remplacent la nécessité du consentement en matière sexuelle s'exposent, bien souvent, aux mêmes objections que celles que je me permets d'adresser à Belliotti. Ces conditions additionnelles apparaissent soit comme des éléments redondants, au sens où elles sont déjà implicites dans la définition même du consentement, ce qui les rend *ipso facto* superflues, soit comme une limitation des libertés individuelles, telles qu'on les conçoit dans un esprit libéral.

Premier chapitre : Les modèles du consentement

Plusieurs des auteurs qui se sont interrogés sur la nature du consentement, et plus précisément sur la nature du consentement sexuel, ont eu à prendre position dans le débat qui met en opposition un modèle *attitudinal*, qui conçoit le consentement comme un état mental du sujet, une attitude située à l'intérieur de sa psychologie, et un modèle *performatif*, qui considère que le consentement est avant tout une affaire de comportement extérieur observable.

Dans la plupart des cas, l'état mental du sujet et son expression comportementale vont de pair. Dans de tels cas, la question de savoir si le consentement est une attitude interne ou un comportement externe prend l'allure d'une question purement conceptuelle, puisque les implications pratiques ne diffèrent pas selon qu'on adopte l'une ou l'autre des deux solutions. C'est lorsqu'on se tourne vers des cas plus complexes que la question prend toute son importance : qu'advient-il lorsqu'il y a un découplage entre, d'une part, l'état mental d'un sujet et, d'autre part, son expression comportementale? Comment doit-on considérer le cas d'un sujet qui, dans son for intérieur, ne consent pas à une proposition d'ordre sexuel, mais dont le comportement observable, pour diverses raisons, semble indiquer qu'il y a bel et bien consentement? Doit-on alors établir la présence ou l'absence du consentement sur la base de l'attitude du sujet (modèle attitudinal) ou plutôt sur la base de faits et gestes observables (modèle performatif)? Les implications normatives varieront considérablement selon qu'on choisisse l'un ou l'autre de ces deux modèles.

Au cours du présent chapitre, je présenterai les deux modèles du consentement, et je tenterai de montrer en quoi le modèle performatif surpasse son concurrent attitudinal. Par la suite, je soulignerai la nécessité de baliser le modèle performatif à l'aide des critères de validité du consentement.

Une première caractérisation du modèle attitudinal

Le modèle attitudinal définit le consentement comme un état mental que le sujet entretient en son for intérieur. Patricia Kazan souligne la diversité des états mentaux dont il pourrait être question ici :

« On the attitudinal account, consent consists in any one of a range of mental states, from desire to grudging acquiescence, held by the consenting agent. It is a subjective matter whose determination involves the state of mind of the agent⁴. »

De plus, le modèle attitudinal allègue en général qu'un sujet ne peut pas se tromper sur la valeur de ses propres états mentaux. En d'autres termes, la version standard de ce modèle affirme l'inaffabilité de la connaissance de soi (*first-person incorrigibility*). Dans le cas du consentement sexuel, cette inaffabilité permet de rejeter d'emblée l'hypothèse qu'une personne ait réellement consenti à une relation sexuelle sans le savoir⁵ : « One of the features of the subjectivist [attitudinal] account is that one could never be in the position of having consented to sex one wanted to avoid⁶. » Sur le plan épistémique, le sujet est en mesure, plus que quiconque, d'observer et d'attester ses propres désirs, volitions, intentions, etc.

Non seulement un sujet ne peut pas consentir sans le savoir, mais il semble qu'il ne puisse pas non plus consentir sans le vouloir. En effet, l'atout le plus manifeste du modèle attitudinal est certainement le lien très étroit qu'il entretient avec l'autonomie personnelle, et plus spécifiquement avec la notion de volonté⁷. Dans

⁴ KAZAN 1998, p. 28. Comme on le verra dans une des prochaines sections, il est possible d'élaborer une version plus raffinée du modèle attitudinal en précisant davantage la nature des états mentaux censés constituer le consentement.

⁵ C'est donc dire que les possibilités de consentement par erreur sont d'emblée rejetées par le modèle attitudinal. Il n'est pas nécessaire ici de « qualifier » davantage la notion de consentement pour traiter adéquatement ce genre de cas.

⁶ BRETT 1998, p. 83.

⁷ La définition même du concept d'autonomie demeure controversée, comme en témoigne le débat qui oppose les théories procédurales aux théories substantielles de l'autonomie. Les théories procédurales exigeront du sujet autonome qu'il agisse selon son moi profond, mais ne spécifieront pas, contrairement aux théories substantielles, le contenu que la volonté ou les valeurs du sujet devraient viser. Malgré l'opposition entre procéduralistes et substantialistes, il n'en demeure pas moins que la capacité des sujets à agir selon leur moi profond est, pour les deux camps, un élément nécessaire de l'autonomie et de la libre agentivité. À ce sujet,

cette perspective, le fait de s'intéresser à la notion du consentement⁸ dénote un intérêt plus général envers la question du respect de l'autonomie et de la volonté, dans la mesure où la présence (ou l'absence) de consentement du sujet détermine en grande partie s'il y a respect (ou violation) de l'autonomie de celui-ci. Et, pour que le consentement puisse véritablement jouer ce rôle de « protecteur de l'autonomie », on doit s'assurer qu'il agit comme un représentant fiable de la volonté du sujet : « [C]onsent, to be an expression of autonomy, must be the exercise of the will and, thus, a subjective mental state⁹. » En faisant équivaloir consentement et volonté, le modèle attitudinal s'assure que le caractère essentiellement subjectif du consentement est en tout temps préservé. L'adoption de ce modèle rend impossible toute situation où un sujet consentirait sans le vouloir, c'est-à-dire sans que sa volonté ait pour objet intentionnel l'activité à laquelle il est présumé avoir consenti. C'est d'ailleurs là une des principales critiques que les tenants du modèle attitudinal adresseront au modèle performatif, à savoir que le modèle performatif pose problème dans la mesure où il rend possible ces situations où un sujet peut consentir (en acte) sans le vouloir (en pensée).

Jusqu'ici, l'idée de considérer les états mentaux du sujet comme des éléments nécessaires du consentement n'est pas particulièrement controversée. On peut même supposer que cette position n'est pas l'apanage du modèle attitudinal : on pourrait par exemple exiger que le consentement, même défini en des termes comportementaux, soit également le reflet d'attitudes subjectives présentes chez le sujet¹⁰. Autrement dit, nous avons défini le modèle en affirmant que les attitudes subjectives sont une

voir notamment FRANKFURT (1971), WATSON (1975), WOLF (1987), BENSON (2005), JOUAN (2008).

⁸ Et *a fortiori* à la notion du consentement sexuel. En effet, dans la mesure où la sexualité possède un caractère éminemment intime et qu'elle relève le plus souvent de la sphère privée, le respect de l'autonomie sexuelle des individus et de leur libre agentivité en cette matière revêt une importance considérable. Du coup, le respect du consentement sexuel, censé protéger cette autonomie, apparaît comme un impératif incontournable. Voir MCGREGOR 1996, p. 191-192.

⁹ ALEXANDER 1996, p. 165.

¹⁰ Il s'agit de la position défendue par les tenants d'un modèle hybride du consentement. Voir KAZAN 1998, SHERWIN 1996.

condition nécessaire du consentement, ce qui veut dire qu'il n'y aurait jamais consentement à l'égard d'une activité si le sujet n'entretient pas, en son for intérieur, une attitude positive à l'égard de cette même activité. La particularité du modèle attitudinal consiste toutefois à traiter les attitudes subjectives non seulement comme une condition nécessaire au consentement, mais également comme une condition suffisante. Il suffit que le sujet entretienne une « attitude consentante » à l'égard d'une activité pour qu'on puisse juger de la présence du consentement; il n'est nullement requis que cette attitude soit exprimée ou extériorisée. Ainsi, dans les cas où on assiste à un découplage entre attitude interne et comportement externe, c'est sans conteste l'attitude interne du sujet qui aura préséance. La traduction de cette attitude en un comportement observable est pour ainsi dire facultative.

L'exemple classique visant à illustrer ce point est le suivant. Benoît marche seul, le soir, dans une ruelle sombre et peu fréquentée d'un quartier malfamé. Quatre inconnus, de carrure impressionnante, s'approchent de lui. Un des quatre inconnus demande à Benoît de lui donner son portefeuille. L'inconnu formule sa demande calmement et poliment, et n'effectue aucun geste qu'on pourrait qualifier d'intimidant. Sans broncher, Benoît remet son portefeuille à l'inconnu. Les quatre inconnus s'en vont; Benoît ne proteste pas.

Dans cet exemple, il n'est pas difficile d'imaginer que Benoît s'est senti menacé, même si objectivement parlant, les quatre inconnus n'ont pas démontré d'attitude particulièrement menaçante à son égard. En effet, si on considère les choses objectivement et d'un point de vue extérieur, Benoît n'a été ni forcé ni menacé. En ce sens, son comportement, c'est-à-dire l'acte de remettre son portefeuille à l'inconnu, devrait nous apparaître comme consenti. Or, on imagine bien que c'est sous l'effet d'une menace ressentie par Benoît que ce dernier a donné son portefeuille. On peut supposer qu'en son for intérieur, Benoît ne consentait pas à poser un tel geste, mais qu'il s'y est senti contraint. Selon le modèle attitudinal, l'attitude négative que Benoît entretenait en son for intérieur au moment de remettre son portefeuille suffit à établir

qu'il n'y avait pas consentement de sa part, et ce, indépendamment du fait que cette attitude se soit traduite ou non en gestes observables.

Commentant cet exemple, Kazan avance l'idée qu'il faut nécessairement tenir compte de la subjectivité des personnes impliquées, puisque les caractéristiques objectives de la situation n'arrivent pas, à elles seules, à rendre compte de notre intuition préthéorique selon laquelle la remise du portefeuille n'est probablement pas consentie :

« If we cannot appeal to any threatening external behavior that suggests coercion, how can we identify it as coercive? [...] We might say that the size and number of the persons asking for the wallet is an external fact, but is it sufficient to pose an objective threat? If we say yes, then anyone who consented in the presence of four big people was coerced. But surely this question also depends on such facts as whether the victim believed that the persons asking for her wallet were members of a violent gang [...] The threat in this situation, at least in part, is a reflection of the agent's perception of the situation¹¹. »

Le modèle attitudinal fournit ainsi une explication relativement simple pour juger ce genre de cas, c'est-à-dire les cas où un sujet, extérieurement, *semble consentir* à une activité (si l'on s'en tient à ses faits et gestes), mais où il est évident qu'il n'y pas consentement, dans la mesure où le sujet, sur le plan mental, réprouve l'activité en question. Ainsi, à la lumière de ce genre de cas, une définition du consentement en termes d'attitudes correspondrait mieux à nos intuitions préthéoriques que ne saurait le faire une définition comportementale du consentement. C'est du moins ce qu'avancent les tenants du modèle attitudinal.

La critique du modèle attitudinal : trois objections initiales

Dans cette section, je considérerai une première série d'objections adressées au modèle attitudinal. Le modèle attitudinal, dans la version standard que nous venons de présenter, repose sur un type bien précis d'attitudes, soit les désirs que le sujet entretient envers certaines activités. Or, une première objection souligne

¹¹ KAZAN 1998, p. 37. Il importe de mentionner que Patricia Kazan, au final, défend une position hybride, même si les arguments présentés ici semblent plutôt militer en faveur du modèle attitudinal.

précisément l'impossibilité de réduire le consentement à la présence de désirs ou à l'absence d'aversion¹². On pourrait nommer cette objection le *problème de l'irréductibilité*. La deuxième et la troisième objection, empruntées à H. M. Malm, font valoir deux problèmes additionnels qui découlent de la tentative de définir le consentement en termes de désirs, soit le *problème du degré* et le *problème de la durée*.

Un des problèmes les plus évidents du modèle attitudinal est le suivant : il semble tout à fait possible qu'un sujet consente à une activité donnée sans pour autant éprouver de véritable désir à l'égard de celle-ci. On peut imaginer qu'un sujet consente à une activité tout en ressentant une réelle indifférence à son égard. Comment peut-on alors parler de consentement en termes de désirs positifs? Un individu peut consentir à ce que sa banque fasse une enquête de crédit à son sujet, sans pour autant éprouver un désir particulièrement vif à l'égard de cette enquête. Ce genre de cas semble témoigner de l'impossibilité de faire systématiquement reposer la notion de consentement sur un état mental comme le désir.

On pourrait bien sûr tenter de contourner le problème en formulant une hypothèse négative. Au lieu de concevoir le consentement à partir de la présence d'un désir (formulation positive), il faudrait plutôt le concevoir sur la base d'une absence d'aversion (formulation négative). Ainsi, l'individu qui consent à ce que la banque enquête à son sujet n'éprouve peut-être pas de désir particulier à l'égard de cette possibilité, mais il n'éprouve pas non plus de forte aversion envers cette idée; ce serait sur cette base qu'on pourrait affirmer qu'il consent à l'enquête proposée. Il va sans dire que cette formulation négative constitue une avenue tout aussi impraticable que la formulation positive. Adopter une définition du consentement simplement en termes d'absence d'aversion aurait pour conséquence d'étendre indûment l'ensemble des activités ou situations auxquelles un sujet consent. Bref, que l'on considère la

¹² Comme on le verra, cette première série d'objections ne touche que la version standard du modèle attitudinal. La version révisée du modèle attitudinal, qui fait intervenir d'autres types d'états mentaux, ne prête pas le flanc à ces objections. Je présenterai cette version révisée du modèle un peu plus loin.

première formulation (consentement = présence du désir) ou la seconde (consentement = absence d'aversion), on arrive en fin de compte à la même conclusion : l'évocation de ces états mentaux ne permet pas de rendre compte de ce qu'est le consentement.

Le fait de déclarer que des états mentaux comme le désir ou l'aversion ne peuvent, à eux seuls, fournir une définition convaincante du consentement n'exclut pas pour autant la possibilité que ces états mentaux puissent être des éléments nécessaires du consentement. Ainsi, on pourrait émettre l'hypothèse suivante : le fait d'éprouver un désir (ou une absence d'aversion) envers une activité donnée serait un trait nécessaire et constitutif du consentement, mais il conviendrait de le considérer en conjonction avec d'autres attitudes qui posséderaient également ce statut nécessaire. Toutefois, en y regardant de plus près, cette tentative semble également échouer : on a beau concevoir le consentement comme la conjonction d'un désir (ou d'une non-aversion) et d'une autre attitude (une intention, par exemple), il n'en demeure pas moins qu'on peut très bien consentir à une activité donnée, tout en n'entretenant aucun désir, et peut-être même en éprouvant de l'aversion, envers elle. On n'a qu'à penser aux nombreux patients qui ont une peur bleue des dentistes, mais qui consentent néanmoins à subir leurs traitements. Selon cette première objection, on ne peut pas réduire le consentement à la présence du désir ou à l'absence d'aversion. Non seulement le désir ou l'absence d'aversion ne sont pas des conditions suffisantes au consentement, ils n'en sont pas même des éléments nécessaires.

Malm souligne par ailleurs deux autres problèmes qui découlent de la tentative de définir le consentement en termes de désirs ou d'attitudes similaires. Il identifie, d'une part, le problème du degré, et d'autre part, celui de la durée. Le problème du degré consiste à dire que le désir, en tant qu'état mental, possède un caractère graduel, alors que le consentement semble pour sa part procéder d'une logique du tout ou rien.

« [T]he mental state associated with consent comes in degrees, whereas consent itself does not. [...] My willingness to accept something may range from mere toleration to eager pursuit. [...] But

whether or not I consented to the the activity does not come in degree. I either did or I didn't. Nor is my consent stronger, bigger, or more consensual when I have many reasons supporting my willing than when I have few¹³. »

Toutefois, comme Malm le reconnaît lui-même, cette objection pourrait être contournée si on précise que les états mentaux qui constituent le consentement ne « communiquent » pas pour autant leur caractère graduel. Ainsi, à partir d'un certain degré d'intensité, un état mental compterait comme un consentement entier. En dessous de ce seuil, l'état mental ne compterait pas comme une occurrence du consentement. Le seuil en question mérite d'être précisé, bien sûr, mais on peut penser, théoriquement du moins, que face à cette réplique, l'objection du degré n'est plus recevable.

Le problème de la durée, quant à lui, se présente ainsi : le consentement, pour être efficace, doit présenter un caractère stable, non fluctuant, alors que les états mentaux qui le constituent sont pour leur part épisodiques et variables.

« [T]he mental state of willingness may come and go. I may change my mind intentionally or I may vacillate about whether I am going to accept something. I may even be asleep and lacking any mental state about the matter. If consent were itself a mental state, then we would have to say [...] that the agent does not consent whenever she is not consciously attending to the matter¹⁴. »

Pour qu'il y ait consentement à l'égard d'une activité, un sujet devrait entretenir un désir envers elle, de façon stable et continue tout au long de la période durant laquelle le consentement est censé prévaloir¹⁵. Or, cette exigence est excessive dans la mesure où elle omet de reconnaître la nature fluctuante des désirs. Parallèlement, si on choisit de reconnaître la versatilité du désir, il nous faudra, du même coup, affirmer que le consentement présente également cette absence de stabilité.

Comment serait-il possible, dès lors, de consentir à une opération sous anesthésie générale, c'est-à-dire consentir à une opération sans éprouver le moindre

¹³ MALM 1996, p. 149.

¹⁴ *Ibid.*, p. 149-150.

¹⁵ C'est-à-dire jusqu'à ce que l'activité qui fait l'objet du consentement soit terminée, ou encore jusqu'à ce que le consentement ait été révoqué.

désir conscient au moment même où elle se déroule? Cette nécessité d'entretenir un désir particulier de façon soutenue et consciente (pendant toute la période où se déroule l'activité faisant l'objet du consentement) rend incongrue l'idée même d'un consentement préalable.

Aux yeux de Malm, il n'y a que deux façons de traiter le problème de la durée, et chacune des deux voies constitue une impasse. Soit a) un sujet ne consent, comme on l'a vu, que lorsqu'il entretient l'état mental en question; mais dans ce cas, le consentement devient lui-même fluctuant, et n'offre aucune durabilité. L'exemple paradigmatique pour illustrer ce problème est celui que nous venons tout juste d'évoquer, soit celui du consentement à une opération sous anesthésie. Ici, le consentement cesserait dès lors que le sujet n'entreprendrait plus l'attitude requise en sa conscience. Soit b) le consentement doit être redéfini en termes dispositionnels, c'est-à-dire que l'état mental en question n'a pas besoin d'être entretenu de façon consciente et soutenue par le sujet pour qu'on puisse dire qu'il y a consentement. Il suffirait plutôt d'affirmer que l'état mental en question *aurait été* présent chez le sujet si celui-ci *avait été* en mesure de considérer ses attitudes de façon consciente et soutenue. Ainsi, le consentement pourrait avoir la durabilité souhaitée et éviter le problème de la fluctuation. Mais, selon Malm, un autre problème surgit lorsqu'on emprunte cette nouvelle voie. Comment serait-il possible pour un sujet de consentir *préalablement* à une activité, sur la base d'un désir présent au moment de consentir, tout en sachant qu'au moment où cette activité se déroulera, il sera lui-même en proie à des désirs opposés, désirs qu'il entretiendra de façon tout aussi consciente et soutenue que ses désirs initiaux?

« [This] option would allow consent to persist through time, but it would suffer from the narrower problem of making it impossible for us to consent to something we know we may not want at the time of its execution¹⁶. »

Un exemple homérique permet d'illustrer ce problème. Ulysse, en quittant l'île de Circé, demande à ses compagnons de l'attacher solidement au mât du bateau pour

¹⁶ MALM 1996, p. 150.

qu'il puisse entendre chanter les Sirènes sans risquer de succomber à leurs charmes. Un peu plus tard, envoûté par le chant des Sirènes, Ulysse supplie ses compagnons de défaire ses liens. Ayant été mis en garde plus tôt contre cette éventuelle requête, ses compagnons n'en font rien.

Tandis que l'exemple de l'anesthésie soulignait la possibilité qu'un sujet, vu son inconscience, n'éprouve aucun désir particulier au moment où se déroule l'activité préalablement consentie, l'exemple d'Ulysse va plus loin : un sujet peut, au moment où se déroule l'activité préalablement consentie, éprouver consciemment et de façon soutenue des désirs contraires à ceux qui ont présidé au consentement initial. Du coup, la tentative de redéfinir le consentement en termes dispositionnels (ce que le sujet aurait désiré s'il avait été en mesure de considérer ses désirs, s'il avait été pleinement informé, etc.) n'a plus aucun attrait.

À la lumière de ces considérations, on doit dresser le constat suivant : il semble y avoir une différence considérable entre le consentement d'une part et l'attitude censée le constituer d'autre part; et surtout, on ne pourrait réduire le premier à la seconde.

Le modèle attitudinal revu et corrigé

Il serait un peu précipité, à ce stade-ci, d'abandonner le modèle attitudinal simplement à cause de l'impossibilité de faire reposer le consentement sur des états mentaux comme le désir. Les contributions de Patricia Kazan, Heidi M. Hurd et Larry Alexander mettent en lumière la possibilité de considérer le consentement comme un état mental intentionnel, sans pour autant l'assimiler au désir pur et simple.

En fait, Patricia Kazan ne cherche pas à nier que l'attitude intentionnelle à la base du consentement puisse être un désir; elle souhaite toutefois préciser que ce désir porte sur l'acte de consentir plutôt que sur l'objet même du consentement. En d'autres termes, elle propose de reconsidérer le contenu intentionnel du désir; il faudrait ainsi distinguer un désir envers φ d'un désir de consentir à φ .

« In my view, we can draw a distinction between our attitudes toward the act of consenting and our attitudes toward the object of consent.

The reluctant dental patient may well have a negative attitude toward the object of consent—dental surgery—but her consent would not be genuine unless she also held a positive attitude toward the act of consenting. [...] We might conclude that the agent consented to dental work, despite her aversion, because her desire to get her teeth fixed outweighed her desire to avoid surgery and thus motivated her consent¹⁷. »

L'attitude qui doit être à la base du consentement ne vise pas directement l'activité donnée, mais bien le consentement à cette activité. Le désir de consentir à une activité implique un choix ou une intention, c'est-à-dire un état mental d'ordre supérieur, qui diffère considérablement du simple désir.

Dans une certaine mesure, la proposition de Heidi M. Hurd va dans le même sens. Hurd croit que le consentement est avant tout une affaire d'intention, et que cet état n'est pas réductible au désir puisque dans certains cas, il s'y oppose. Cette possible opposition entre désir et intention est particulièrement flagrante dans le cas de la sexualité : un sujet B peut éprouver un désir réel à l'égard d'un individu A, tout en refusant d'avoir une relation sexuelle avec A, au nom de principes personnels (la fidélité ou l'abstinence, par exemple).

« Suppose that a woman desires sex with a married man. Suppose that she harbors this desire even as he achieves penetration. Does the fact that she desires intercourse constitute consent to it? While this appears plausible, one can certainly imagine her desiring intercourse while not consenting to it. We often refuse what we we want. We often choose in opposition to our desires. [...] One must conclude that consent is equivalent not to desire as such, but to the execution of a desire, namely, to choice. [...] Consent is a purposive mental state. In the traditional terms of the criminal law, to consent is to possess a specific intention¹⁸. »

Toutefois, selon Larry Alexander, le consentement ne doit pas être considéré comme une intention au sens propre. En consentant, le sujet *réagit* à une proposition qui lui est faite par un agent externe¹⁹. Il n'est pas lui-même l'instigateur de cette

¹⁷ KAZAN 1998, p. 31-32.

¹⁸ HURD 1996, p. 126.

¹⁹ Les propositions de McGregor et Simmons vont dans le même sens, à savoir que le consentement est essentiellement réactif. Voir MCGREGOR 1996, p. 192; SIMMONS 1979, p. 76.

proposition. Or, un sujet ne peut pas avoir l'intention de φ , si l'auteur de φ s'avère être quelqu'un d'autre que lui-même.

« To consent to the conduct in question is not to intend that conduct. [...] One need not choose that the act occur: indeed, one cannot choose another's acts. One can choose, however, to forgo one's moral objections. [...] To consent is to form the intention to forgo one's moral complaint against another's act²⁰. »

Malgré les nuances qui distinguent les contributions de Kazan, Hurd et Alexander, on peut sans aucun doute les regrouper sous une position commune, dans la mesure où toutes trois convergent vers un modèle attitudinal révisé, qui fait reposer le consentement non plus sur des désirs, mais sur ces attitudes plus constantes que sont le choix et l'intention. Cette version revue et corrigée du modèle attitudinal permet d'échapper aux critiques qui avaient été adressées au modèle, tel que formulé dans sa version initiale.

Ainsi, il convient de noter que la notion d'intention permet de répliquer à l'objection soulevée par le problème de la durée. Certes, il n'est pas possible qu'un sujet entretienne une intention de façon consciente et soutenue tout au long de la période où le consentement est censé prévaloir, comme l'a clairement démontré l'exemple de l'anesthésie. Mais il n'en demeure pas moins qu'on peut faire jouer à l'intention le rôle dispositionnel que le désir semblait incapable de jouer : il s'agirait de considérer non pas l'intention réelle, mais l'intention hypothétique (l'intention qui aurait été présente si le sujet avait été conscient). Rappelons les difficultés qui découlaient de l'approche dispositionnelle (illustrées par l'exemple d'Ulysse), et qui consistaient à dire qu'un sujet peut avoir éprouvé certains désirs au moment de consentir à une activité, mais éprouver des désirs contraires subséquentement, c'est-à-dire au moment même où se déroule ladite activité : puisque le sujet est pleinement conscient pendant le second moment, on ne peut lui prêter des désirs hypothétiques autres, comme cela aurait été le cas s'il n'avait pas été conscient. En travaillant avec des intentions plutôt qu'avec des désirs, on parviendrait à surmonter ces difficultés

²⁰ ALEXANDER 1996, p. 166.

dans la plupart des cas²¹. Lors d'un consentement préalable, on peut penser qu'une intention est formée en un premier temps, tandis que les états mentaux éprouvés en un deuxième temps sont plutôt de l'ordre du désir. Le consentement, s'il repose sur une intention, n'est nullement remis en cause par la présence subséquente de désirs contraires²². C'est donc dire que, face au problème de la durée, l'intention, comprise en un sens dispositionnel, semble offrir la stabilité et la durabilité qui faisaient défaut aux états mentaux comme le désir.

Nouvelles objections au modèle attitudinal

Il semble toutefois qu'on puisse émettre certaines objections à l'égard du modèle attitudinal, objections que même une définition révisée ne serait pas en mesure de dissoudre. Je considérerai plus particulièrement deux objections. La première met en lumière le risque d'erreur quant à l'interprétation des états mentaux d'autrui. La seconde consiste à dire que le consentement, pour pouvoir jouer le rôle normatif qu'il est censé jouer, ne peut pas être défini en termes purement mentaux. Toutefois, je n'exposerai pas l'essentiel de la seconde objection dans la présente section, dans la mesure où il me paraît plus adéquat de réserver cette discussion pour une des prochaines sections, qui portera plus spécifiquement sur les avantages du modèle performatif.

On peut penser qu'en accordant une priorité aux états mentaux du sujet, plutôt qu'aux aspects extérieurs de son comportement, le modèle attitudinal protège en quelque sorte le point de vue du sujet. Ainsi, lorsqu'il est question de déterminer si un

²¹ En effet, il convient de noter que cette proposition permet de surmonter les difficultés évoquées dans de nombreux cas, mais probablement pas dans tous les cas. En ce qui concerne l'exemple d'Ulysse, et bien qu'il soit naturel de parler d'une *résolution* initiale à laquelle s'opposent des *désirs* subséquents, certains voudront malgré tout rejeter la proposition selon laquelle l'attitude initiale d'Ulysse est une intention ou une résolution (être attaché au mât) tandis que son attitude subséquente est plutôt un désir (être détaché du mât) : les deux attitudes pourraient être des intentions. Si tel est le cas, il faudra en conclure qu'Ulysse a révoqué son intention initiale en formulant une nouvelle intention.

²² À propos des intentions, HOLTON (2009), suivant BRATMAN (1987), précise, d'une part, qu'elles ne sont pas réductibles aux croyances et désirs et, d'autre part, qu'elles affichent, une fois formées, une certaine résistance face aux tentatives de révision.

acte sexuel constitue ou non une agression sexuelle (en vertu des lois du viol, notamment), cette « protection du point de vue du sujet » se traduit généralement par une meilleure prise en compte de ce que ressentait la plaignante (ou le plaignant) au moment de l'activité sexuelle²³. Plus précisément, le modèle attitudinal permet, dans de tels cas, de statuer qu'il y a bel et bien eu agression sexuelle, dès lors qu'il n'y avait pas consentement sur le plan mental, et ce, malgré le fait que le sujet ait pu adopter un certain type de comportement normalement assimilé au consentement. Puisqu'un tel comportement pourrait avoir été motivé par la coercition, la menace ou la contrainte, il conviendrait en effet de ne pas se fier à celui-ci pour déterminer si la participation du sujet aux activités sexuelles est consentie; il faudrait plutôt porter notre attention sur certains aspects relevant de sa psychologie interne²⁴.

Malgré cet avantage, il convient de tenir compte de certaines considérations pratiques découlant de l'adoption du modèle attitudinal, et qui semblent aller dans la direction opposée à celle qui consiste à protéger le sujet. Ainsi, une des objections les plus puissantes à l'égard du modèle attitudinal consiste à affirmer que si on définit le consentement en termes mentaux plutôt que comportementaux, on cautionne certaines erreurs d'interprétation lorsque vient le temps de considérer les points de vue autres que celui que le sujet porte sur lui-même. En l'occurrence, les états

²³ On doit noter, comme le rappelle KAZAN (1998, p. 28), que le consentement attitudinal a parfois été interprété, notamment dans le contexte judiciaire, comme une prise en compte de l'attitude du sujet à l'égard d'une activité à un moment *précis*, soit immédiatement avant que l'activité se déroule. Mais cette interprétation est problématique dans la mesure où les activités d'ordre sexuel se développent souvent par étapes successives : laquelle de ces étapes est censée constituer le moment-clé où l'attitude du sujet doit être prise en compte? Et en quoi l'attitude positive ressentie par le sujet à l'une des étapes justifie-t-elle qu'on ne tienne pas compte d'une attitude mitigée ou négative ressentie lors d'une étape subséquente? En un sens, on peut penser que la difficulté à départager les moments où l'attitude subjective doit compter et ceux où elle ne le doit pas constitue, en elle-même, un problème important du modèle attitudinal.

²⁴ Comme on l'a dit précédemment, le procédé attitudinal qui consiste à écarter d'emblée les éléments comportementaux permet de traiter directement et immédiatement les cas de coercition, de menace ou de contrainte exercées à l'égard du sujet. Le modèle attitudinal n'a donc pas besoin d'être davantage balisé pour tenir compte de ces cas, c'est-à-dire pour les traiter comme des situations non consenties. Cette prise en compte immédiate n'assure toutefois pas au modèle attitudinal un avantage significatif, puisque le modèle concurrent (performatif) pourra, comme on le verra, être doté de certaines balises (critères de validité) qui lui permettront de prendre en compte, quoique de façon « médiate », ce genre de cas.

mentaux du sujet ne peuvent être que supposés, puisque les observateurs externes²⁵ ne possèdent pas l'infaillibilité de la connaissance des états mentaux du sujet en question.

Derrière tout comportement visible se tient une attitude interne, non soumise à l'observation directe d'autrui, et qui peut être ou non en accord avec le comportement en question. Normalement, c'est-à-dire lorsqu'il n'y a pas découplage entre l'attitude et le comportement, on est soit en présence d'un « oui qui veut dire oui », soit en présence d'un « non qui veut dire non »²⁶. Mais en dehors de ces formes habituelles du consentement et du refus, le modèle attitudinal autorise également la possibilité, ne serait-ce que conceptuellement, d'un « oui qui veut dire non » et d'un « non qui veut dire oui ». Ainsi, il semblerait qu'on soit en présence de quatre cas de figure : le vrai consentement (oui comportemental/oui mental), le vrai refus (non comportemental/non mental), le faux consentement (oui comportemental/non mental) et le faux refus (non comportemental/oui mental). Les erreurs d'interprétation consistent d'une part, à confondre vrai consentement et faux consentement, et d'autre part, à confondre vrai refus et faux refus. Pour chacun des deux types de confusion, on peut identifier un cas relativement inoffensif et un cas plus problématique.

Ainsi, la première confusion consiste à interpréter un vrai consentement comme un faux consentement, ou l'inverse. Dans le premier cas, l'agent externe constate que le sujet démontre les signes extérieurs du consentement, mais il

²⁵ Parmi ces observateurs, il convient de considérer, au premier chef, l'agent externe qui initie ou propose l'activité sexuelle, et qui doit « évaluer » les états mentaux présents chez le sujet. Mais il importe également de considérer certains observateurs qui jugeront le cas après coup, notamment dans un contexte judiciaire, comme le juge ou les membres du jury qui, dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle, seraient appelés à porter un jugement sur les états mentaux passés du sujet.

²⁶ Ces expressions sont évidemment simplificatrices. Le oui (acceptation affirmée) et le non (refus affirmé) désignent ici des attitudes et comportements situés aux deux pôles — positif et négatif — d'un même axe. Il faudrait toutefois pouvoir prendre en considération des éléments plus neutres, comme le silence, l'indifférence, l'absence d'intérêt, etc. À moins de situations particulières (nous reviendrons sur ce point), on pourrait considérer, à l'instar de MALM (1998), que les éléments neutres devraient, *ceteris paribus*, posséder la même valeur que les éléments jugés négatifs. Bien que j'aie surtout utilisé, dans cette section, un vocabulaire dichotomique, par désir de simplification, il conviendrait de donner aux termes « non » ou « refus » une caractérisation qui ne soit pas uniquement négative, mais qui puisse inclure toutes les instances du non-consentement, y compris les instances plus neutres.

considère néanmoins, à tort, qu'il ne devrait pas en inférer la présence d'une attitude consentante de la part du sujet. Cette erreur d'interprétation, qui dénote une forte prudence chez l'agent, est évidemment sans risque réel pour le sujet, du moins si on considère uniquement le risque d'agression²⁷. Dans le deuxième cas, inverse, l'agent attribue la valeur d'un vrai consentement à un faux consentement. C'est donc dire que, devant les signes extérieurs du consentement, l'agent considère, à tort, que le sujet entretient aussi, intérieurement, une attitude positive. Ici, l'erreur d'interprétation se révèle hautement problématique. Sur le plan comportemental, le sujet démontre un consentement (feint, forcé, etc.), alors qu'il n'entretient pas l'attitude positive pertinente sur le plan mental. Si l'agent procède à l'acte sexuel dans ces circonstances, il agira contre la volonté du sujet. Je laisse ici de côté la question du niveau de responsabilité de l'agent dans de telles circonstances, mais il semble que la réponse à cette question demandera avant tout qu'on établisse si l'erreur d'interprétation relève d'une négligence inexcusable ou s'il s'agit plutôt d'une erreur honnête de la part de l'agent.

Quant à elle, la deuxième confusion consiste à interpréter le faux refus comme un vrai refus, ou l'inverse. Encore une fois, le premier cas est anodin et ne présente pas, le plus souvent, de véritable risque pour le sujet : l'agent, faisant face aux signes extérieurs du refus ou de l'absence d'intérêt (motivés, par exemple, par une forme de timidité excessive de la part du sujet), considère à tort qu'il s'agit d'un vrai refus, et choisit de ne pas procéder à l'activité, par respect pour ce qu'il croit être la volonté du sujet. Le deuxième cas est problématique. En présence de signes comportementaux négatifs ou, à tout le moins, en l'absence de signes positifs de la part du sujet, l'agent suppose à tort que ce refus n'est que comportemental et que le sujet entretient une sorte d'attitude mentale positive qui ne transparaît cependant pas dans ses gestes. Ce

²⁷ On peut évidemment penser que, face à des agents excessivement « prudents » (qui considèrent que tout consentement est potentiellement un faux consentement), un sujet consentant court d'autres types de risques, moins graves que le risque d'agression certes, mais tout de même assez déplaisants... On imagine assez facilement la frustration de ce sujet qui, malgré son désir sexuel, se voit condamné à l'abstinence parce qu'on hésite à prendre son consentement au sérieux!

genre de supposition correspond précisément à ce qu'ont dénoncé, avec ferveur et raison, les féministes. Prenant le contrepied des préjugés qui consistent à dire que les femmes sont susceptibles de « changer d'idée » si on insiste un peu, ou que leur résistance relève le plus souvent de la simulation, le slogan féministe « no means no » laissait clairement entendre que rien ne justifie, en aucun cas, que l'on interprète l'absence d'intérêt ou le refus qu'une femme exprime à travers son comportement comme la marque d'un assentiment mental.

Pourtant — et c'est là le cœur du problème —, c'est en vertu du modèle attitudinal que de telles erreurs d'interprétation sont possibles. En laissant entendre, d'une part, que sous le comportement d'un sujet peut se cacher une attitude tout à fait opposée et, d'autre part, que c'est *toujours* cette attitude qui doit compter et *jamais* le comportement lui-même, le modèle attitudinal ouvre la porte à toute une série de fausses suppositions²⁸ quant à la psychologie du sujet. Et si en théorie le modèle attitudinal protège la perspective du sujet, il semble bien qu'en pratique, il légitime les jugements de certains agents à savoir qu'on peut faire abstraction du comportement du sujet : « It is this sort of thinking which has perpetuated conditions in which defendants claimed to "see through" the protests of their victims, to find "consent" where it was clearly denied²⁹. »

En plus des véritables erreurs d'interprétation (croyances sincères mais erronées sur la psychologie du sujet), il faut considérer la possibilité qu'un agent mal intentionné fasse usage d'une telle défense, c'est-à-dire qu'il prétende avoir commis une erreur d'interprétation, alors qu'au moment même où il initiait les activités requérant le consentement du sujet, il savait pertinemment qu'il était fautif, dans la mesure où il considérait lui-même être en présence d'un faux consentement ou d'un vrai refus³⁰. Enfin, comme le rappelle Brett, l'invocation d'une erreur

²⁸ On peut penser, par exemple, à un homme qui s'entêterait à croire qu'une femme « consent » à ses avances sexuelles (en son for intérieur), bien qu'elle lui ait explicitement signifié (sur le plan comportemental) qu'elle n'est pas intéressée par sa proposition.

²⁹ BRETT 1998, p. 82.

³⁰ On a ainsi deux cas possibles de « défense malhonnête » de la part de l'agent. Dans le premier cas, l'agent prétend, après les faits, avoir cru en un *vrai consentement* de la part du

d'interprétation, véritable ou prétendue, risque le plus souvent de jouer, dans un contexte judiciaire, en défaveur du sujet : « [T]he attitudinal view leaves too much room for the speculative enterprise of matching behaviour with mental state. We must bear in mind that any source of doubt operates in favour of the accused³¹. »

Une seconde objection au modèle attitudinal s'appuie sur la constatation que le consentement, dans la mesure où il modifie la permissibilité morale de la conduite d'autrui, semble jouer un rôle normatif considérable. Pour reprendre les termes d'Alan Wertheimer, le consentement est « moralement transformatif »³². Or, pour qu'il puisse jouer un tel rôle, le consentement ne peut pas être défini en des termes purement mentaux. Il doit être défini en termes comportementaux : cet axiome constitue à la fois une objection au modèle attitudinal et un atout du modèle performatif. Plutôt que de présenter ce point à ce stade-ci, j'en réserve la discussion pour une section ultérieure, qui portera spécifiquement sur les avantages du modèle performatif.

Le modèle performatif

Le modèle performatif du consentement a été défendu, entre autres, par Brenda Baker, Nathan Brett, Joan McGregor, Alan Wertheimer, Joel Feinberg, John Kleinig et Alan John Simmons³³. Contrairement au modèle attitudinal, le modèle performatif conçoit le consentement en termes de comportements qui s'inscrivent dans un schéma communicationnel, donc interpersonnel :

sujet, alors qu'il savait pertinemment, au moment des faits, que le consentement donné comportementalement par le sujet était un *faux consentement*, motivé par la peur, la menace ou la contrainte, par exemple. Dans le second cas, l'agent allègue, après les faits, avoir cru en un *faux refus* de la part du sujet, alors qu'il savait pertinemment, au moment des faits, que l'absence de consentement risquait fort de refléter un *vrai refus*.

³¹ BRETT 1998, p. 83.

³² WERTHEIMER 2003, p. 2.

³³ BRETT (1998), BAKER (1999), MCGREGOR (1996) et WERTHEIMER (2003) ont traité la question du consentement dans le cadre plus particulier de la sexualité; leurs contributions mettent en valeur les avantages normatifs (implications morales ou légales) découlant de l'adoption d'un modèle performatif. SIMMONS (1979) et KLEINIG (1982) ont pour leur part concentré la majeure partie de leurs efforts sur l'analyse de la doctrine politique du consentement : ils soulignent notamment qu'une compréhension adéquate de la théorie du consentement chez John Locke implique qu'on se réfère à une approche performative.

« Consenting is *something that we do* [...]. Consenting [...] is *an act directed to someone else* [and] is not something that can be understood purely as a description of what is transpiring in the mind or understanding of the one who consents, nor is its existence simply a matter of the presence of certain psychological attitudes or subjective mental states and dispositions of the consenter³⁴. »

Il ne s'agit donc plus ici d'une attitude que le sujet n'aurait qu'à entretenir mentalement pour qu'on puisse dire qu'il consent. En tant qu'acte communicationnel, le consentement doit pouvoir être observé de l'extérieur, en l'occurrence par l'agent externe qui initie l'activité pour laquelle le consentement du sujet est requis. Cette exigence, comme on le verra, permettra de donner la pleine mesure des implications normatives qui caractérisent le consentement, chose que semble incapable de faire le modèle attitudinal, même pris dans sa version la plus plausible. Au cours des prochaines sections, je présenterai l'essentiel de la proposition de Nathan Brett, qui suggère d'analyser la notion de consentement à la lumière de la théorie austinienne des actes de langage. J'évoquerai ensuite la dimension proprement normative du consentement, pour mieux souligner le contraste entre les conclusions du modèle performatif et celles du modèle attitudinal. Enfin, je soulèverai quelques objections adressées au modèle performatif, auxquelles je tenterai de répondre, et j'insisterai sur la nécessité de baliser le modèle performatif afin de permettre au consentement de jouer un rôle normatif qui soit en conformité avec un certain nombre de nos intuitions préthéoriques.

La dimension illocutoire du consentement

Pour bien rendre compte du caractère interpersonnel du consentement, on peut analyser cette notion à la lumière de la philosophie du langage et, plus spécifiquement, à la lumière de ce que J. L. Austin nomme les actes illocutoires. Rappelons qu'Austin distingue deux types d'énonciations linguistiques. D'une part, les énonciations *constatives* rapportent des faits et décrivent le monde. En ce sens, ces énonciations affirment ou nient une proposition. Les propositions ainsi énoncées

³⁴ BAKER 1999, p. 52. Les italiques sont de moi.

possèdent donc une valeur de vérité (vrai/faux). D'autre part, les énonciations *performatives* diffèrent de la simple constatation des faits, dans la mesure où l'énonciation elle-même constitue une action, c'est-à-dire quelque chose qui se déroule dans le monde. Les énonciations performatives ne possèdent pas de valeur de vérité³⁵, et s'expriment généralement à la première personne et à la voix active. Il peut s'agir, par exemple, de donner un ordre, de faire une promesse, d'engager un pari, etc. C'est précisément en prononçant la phrase « je parie vingt dollars qu'il fera beau demain » que j'accomplis l'acte de parier³⁶. Ces énonciations performatives, aussi appelées actes de langage (*speech acts*), se divisent elles-mêmes en trois types, soit les actes locutoires, illocutoires et perlocutoires. Les premiers (locutoires) consistent simplement en l'acte de dire quelque chose, de transmettre une signification en conformité avec un certain nombre de règles linguistiques. Les seconds (illocutoires) prennent la forme « d'un acte effectué *en* disant quelque chose, par opposition à l'acte *de* dire quelque chose³⁷ ». Enfin, les troisièmes (perlocutoires) produisent un effet sur autrui : il s'agit de conséquences engendrées *par le fait* de dire quelque chose. Ainsi, « promettre » est, au premier chef, un acte de type illocutoire (c'est en énonçant la promesse que je *promets*), tandis que « convaincre » apparaît davantage comme un acte de type perlocutoire (c'est en fonction des effets produits sur autrui que je *convaincs*). Autrement dit, lorsque je promets quelque chose à un individu, je pose un acte de langage indépendamment des effets produits sur cet individu : on dira que j'ai promis quelque chose et que je suis lié par ma promesse, et ce, sans égard au fait que l'individu à qui j'ai promis cette chose ait confiance ou non en ma parole. Ce n'est évidemment pas le cas de la conviction : on dira que j'ai convaincu quelqu'un seulement si cette personne a effectivement été convaincue par mon acte de langage : c'est ce qui en fait un acte principalement

³⁵ Malgré qu'elles n'aient pas de valeur de vérité, de telles énonciations peuvent toutefois être heureuses ou malheureuses (réussir ou échouer), en fonction de certaines conditions de réussite. Voir AUSTIN 1962, p. 13-15.

³⁶ Du moins en des conditions normales, c'est-à-dire lorsque les conditions de félicité (conditions de réussite) sont remplies.

³⁷ AUSTIN 1962, p. 99 (p. 113 dans la version française).

perlocutoire. Précisions toutefois qu'un acte de langage peut être à la fois locutoire, illocutoire et perlocutoire.

Nathan Brett propose, dans un premier temps, de considérer le consentement en tant qu'acte de langage, quitte à abandonner par la suite la nécessité de le concevoir sous sa forme verbale. L'objectif consiste à évaluer la dimension locutoire, illocutoire et perlocutoire du consentement :

« The locutionary act (described by) *She said "yes"* is the speech through which the illocutionary act *She consented* is done; the impact of this on a third party, e.g., *She encouraged* (or shocked, elated him) is the perlocutionary act³⁸. »

L'analyse démontre que le consentement peut posséder chacune des trois dimensions. Par contre, la dimension locutoire serait pour ainsi dire facultative, dans la mesure où le consentement existe aussi sous une forme non verbale, lorsqu'il s'exprime en gestes plutôt qu'en paroles. Autrement dit, le consentement perd sa dimension locutoire dès lors qu'il ne s'exprime plus verbalement³⁹. Il conserve néanmoins sa dimension illocutoire et perlocutoire. Reste à savoir laquelle des deux dimensions prédomine.

En réponse à cette question, Brett propose de concevoir le consentement de façon analogue à la promesse⁴⁰, c'est-à-dire en définissant la notion sur la base de sa nature illocutoire. Brett prend ainsi une certaine distance à l'égard de la dimension perlocutoire, et rappelle par ailleurs la possibilité de consentir sans faire usage du langage :

« Consenting is not a locutionary act (though saying 'I consent' is); and consenting is not the perlocutionary impact (say of encouraging) that a speaker has on her hearer, though one may produce this effect by consenting. Consenting *is* the illocutionary act of giving or expressing

³⁸ BRETT 1998, p. 77.

³⁹ Dans les cas où le consentement s'exprime de façon non verbale, on doit penser qu'il ne s'agit plus d'un acte de langage à proprement parler. Toutefois, même dénué de sa fonction *linguistique*, un tel acte conserve sa fonction *sémiotique*.

⁴⁰ Notons à ce sujet qu'Austin lui-même range le verbe « consentir » dans la classe des illocutoires *promissifs*, qui visent à « obliger celui qui parle à adopter une certaine conduite ». Voir AUSTIN 1962, p. 157.

permission. That there are ways of communicating things that are not uses of language should not surprise us⁴¹. »

Le pouvoir normatif du consentement

L'analogie entre promesse et consentement permet en outre de souligner comment ces deux notions viennent modifier de façon considérable un ensemble de normes liant la personne qui promet ou qui consent, à celle à qui obtient cette promesse ou ce consentement : « Promising involves acting in a way that brings about a *change* in the prevailing pattern of rights and obligations. So does giving consent⁴². » Toutefois, à l'instar d'Alan John Simmons⁴³, Brett rappelle deux caractéristiques fondamentales qui distinguent la promesse du consentement. Premièrement, le consentement d'un sujet intervient généralement en réaction à la proposition d'un agent externe : consentir, c'est répondre positivement aux activités initiées par autrui⁴⁴. La promesse, par contre, semble posséder un caractère davantage actif, dans la mesure où elle est directement énoncée par le sujet et ne requiert pas une initiative préalable de la part d'autrui. Deuxièmement, la promesse crée une nouvelle obligation pour son auteur et, corrélativement, crée un nouveau droit pour son destinataire. Si je promets à une amie de passer la prendre à l'aéroport, je me verrai dans l'obligation de tenir ma parole, et elle-même pourra s'attendre, de plein droit, à ce que j'agisse comme nous l'avions convenu. Mon obligation et son droit n'existaient pas avant que j'énonce ma promesse. Le consentement, quant à lui, a pour effet d'annuler une obligation (ou de lever une interdiction, ce qui revient au

⁴¹ BRETT 1998, p. 77.

⁴² *Ibid.*, p. 77-78. L'italique est de moi.

⁴³ SIMMONS 1979, p. 76.

⁴⁴ Comme le souligne BAKER (1999, p. 63), l'idée que le consentement soit généralement conçu comme une réaction à une proposition initiée par autrui n'implique aucunement l'adoption d'une vision différentialiste et non égalitaire de l'activité sexuelle, en fonction du sexe des participants (l'idée que l'homme propose tandis que la femme consent), pas plus qu'elle n'implique que l'on renonce à la possibilité d'un consentement véritablement mutuel. BRETT (1998, p. 82) insiste d'ailleurs sur la possibilité d'un consentement mutuel en référant à l'idée d'une permission à double sens (*mutual communication of permission*).

même⁴⁵) chez le destinataire : celui-ci se voit désormais autorisé à accomplir une action qui aurait été illégitime sans ce consentement. Corrélativement, l'auteur du consentement renonce temporairement (pour une période et dans un contexte donnés) au droit de s'opposer à l'accomplissement du geste en question⁴⁶.

Même s'il diffère de la promesse à ces deux égards, le consentement demeure un acte communicationnel qui s'inscrit, au même titre que la promesse, dans un vaste réseau de normes (obligations et droits) liant les individus entre eux : l'acte de consentir permet précisément de modifier la configuration d'un tel réseau. Ainsi, l'adoption d'un modèle performatif permet de rendre compte du « pouvoir normatif » que le consentement peut et doit posséder. Comme le suggère Alan Wertheimer, il semble bien que le modèle performatif, à la lumière d'un tel avantage, surpasse largement son concurrent attitudinal :

« [W]hich view should we adopt? I believe that the answer to that question turns on the purposes for which we ask it. We begin by reminding ourselves that we are not interested in consent as a metaphysical problem, but because it renders it permissible for A to engage in sexual relations with B. [...] If we ask what could change A's reasons for action, the answer must be that B performs some token of consent. It is hard to see how B's mental state – by itself – can do the job⁴⁷. »

Il est intéressant de noter que les tenants du modèle attitudinal reconnaissent eux aussi l'existence de ce « pouvoir normatif », de cette capacité du consentement à transformer une interdiction en une permission. Heidi Hurd et Larry Alexander notent que le consentement, par l'entremise de ce pouvoir, détermine la rectitude des actes

⁴⁵ L'interdiction peut être entendue comme une sorte d'obligation (négative), puisque l'interdiction de φ et l'obligation de $\neg\varphi$ sont généralement équivalentes.

⁴⁶ Il faut être extrêmement prudent avec cette notion de renoncement au droit d'objection. D'abord, il ne s'agit pas d'un renoncement définitif : puisque le consentement est généralement révocable, le droit aliéné peut être recouvré ultérieurement. Par ailleurs, consentir à une action p n'implique pas toujours de consentir à une action q , même lorsque p entraîne q . Si je consens à prêter mon vélo (p) à un ami particulièrement brise-fer, cela ne veut pas dire que je consens à ce qu'il l'abîme (q), et ce, même s'il était hautement prévisible que p entraîne q . J'ai renoncé à mon droit de m'objecter à p (je ne vais donc pas accuser mon ami de vol), mais je n'ai pas pour autant renoncé à mon droit de m'objecter à q (j'exigerai que mon ami répare ou remplace mon vélo).

⁴⁷ WERTHEIMER 2003, p. 146.

d'autrui⁴⁸. Toutefois, comme le rappelle Wertheimer⁴⁹, la possibilité que le consentement vienne transformer l'ensemble des normes liant deux individus n'est absolument pas compatible avec l'adoption du modèle attitudinal, et c'est en ce sens que les propositions de Hurd et Alexander échouent : comment, en effet, la décision du sujet B de maintenir ou de lever une interdiction relative à la conduite d'un agent A pourrait-elle avoir une quelconque validité si le sujet B n'a pas la moindre obligation de communiquer sa décision à l'agent A?

L'exemple suivant permet d'illustrer précisément les conclusions divergentes du modèle attitudinal et du modèle performatif : Adrien s'apprête à avoir une relation sexuelle avec Brigitte. En son for intérieur, Brigitte entretient une « attitude consentante » à l'idée d'avoir une relation sexuelle avec Adrien. Toutefois, Brigitte est tétraplégique et sourde-muette : elle n'est pas en mesure de communiquer à Adrien son acceptation des avances sexuelles qui lui sont faites, pas plus qu'elle n'aurait été capable de communiquer son refus si tel avait été le cas. Adrien sait que Brigitte, vu sa condition, ne peut communiquer ses états mentaux. Il décide néanmoins de passer à l'acte⁵⁰.

Face à ce genre de cas, le modèle attitudinal considère que l'attitude mentale du sujet suffit à transformer la moralité des actes commis par l'agent. C'est notamment ce que Hurd allègue :

« A person can consent to another's actions without manifesting her consent in any manner whatsoever. The magic that transforms the morality of another's conduct, in other words, is done entirely by a person's mental state and not by her observable behavior⁵¹. »

⁴⁸ HURD 1996, p. 124; ALEXANDER 1996, p. 165.

⁴⁹ WERTHEIMER 2003, p. 146.

⁵⁰ L'exemple est emprunté à WERTHEIMER (2003).

⁵¹ HURD 1996, p. 137. Même si elle confirme qu'il ne peut y avoir de viol commis par l'agent A si le sujet B consent intérieurement, Hurd affirme que l'agent A pourrait tout de même être blâmable dans la mesure où il ne disposait pas, dans un pareil cas, de raisons suffisantes de croire que le sujet B consentait. Or, le problème est précisément que l'adoption d'un modèle attitudinal permet à l'agent A de croire à l'existence d'un consentement mental là où il n'y a pourtant aucune manifestation comportementale du consentement. Quelles seraient donc, en effet, des « raisons suffisantes » de croire au consentement mental d'autrui, si ces raisons ne doivent pas être elles-mêmes comportementales?

Selon Hurd, on ne saurait parler de viol dans le cas susmentionné, puisque le sujet B consentait en son for intérieur à subir les avances sexuelles de l'agent A. Le problème qui se pose ici semble raviver l'objection au modèle attitudinal que nous avons temporairement mise de côté dans une des sections précédentes, à savoir la capacité du modèle attitudinal à jouer un rôle normatif. En effet, on doit se demander si un modèle qui conçoit le consentement en termes mentaux peut avoir un quelconque impact sur la détermination de la permissibilité morale des actes d'un agent, et partant, sur la responsabilité morale et légale de ce dernier. D'un côté, si tel est le cas, cela voudrait dire que les actes d'un agent peuvent, à son insu, passer de moralement permisibles à moralement impermissibles et vice versa, autant de fois que le sujet donne et révoque, en son for intérieur, son consentement. Ainsi, pas plus qu'il n'a accès aux attitudes du sujet B, l'agent A ne peut avoir conscience du statut moral de sa propre conduite. D'un autre côté, si tel n'est pas le cas, c'est-à-dire s'il n'est pas pertinent d'affirmer que le consentement mental a un réel impact sur la permissibilité morale des actes d'autrui, on se retrouve avec un concept inutile sur le plan normatif, dans la mesure où il ne possède plus le pouvoir transformateur qu'il est censé posséder. Un tel concept du consentement ne servirait alors qu'à désigner un type d'état mental, sans qu'il soit possible de tirer de cette simple définition des conclusions proprement morales.

Comme le rappelle Feinberg, la prise en considération des états mentaux du sujet B dans la détermination de la responsabilité de l'agent A ne peut se faire qu'à la condition épistémologique que de tels états mentaux aient pu être accessibles à l'agent A.

« [The actor *A*] does not have any direct insight into *B*'s mental states, so the question of his responsibility must be settled by reference to the presence or absence of explicit authorization by *B*, not what *B*'s secret desires or hopes might have been. If *A* deliberately rapes *B*, it is no defense either in a court of law or in "the court of heaven" that *B* "secretly consented to what he did though she gave no sign." At most *B*'s inner states are relevant to the truth of moral and psychological judgments we might wish to make about *her*, but these are quite

irrelevant to *A's* responsibility for the violence he imposed on her without her indicated consent⁵². »

Si le sujet B dispose, comme on l'a vu, d'un accès privilégié à ses propres états mentaux (infaillibilité de la connaissance de soi), il n'en va pas de même pour un agent A qui souhaiterait avoir accès à ceux-ci. Or, le fait que A connaisse les états mentaux de B n'est possible que par l'entremise d'actes communicationnels qui surviennent entre A et B. Ce constat milite en faveur de l'adoption du modèle performatif et de l'abandon du modèle attitudinal, du moins si l'on souhaite rendre compte du pouvoir normatif du consentement et témoigner de ses implications morales et légales.

Quelques objections adressées au modèle performatif et leurs répliques

Dans cette section, je présenterai deux des objections qu'on peut adresser au modèle performatif, ainsi que les réponses qu'il convient de formuler pour contrer ces objections. J'évoquerai, dans un premier temps, l'incapacité supposée du modèle performatif à rendre compte du consentement tacite. Par la suite, je présenterai l'objection de la dissociation, c'est-à-dire le fait que le modèle performatif va à l'encontre de la conception commune du consentement dans la mesure où il dissocie l'acte de consentir de ce qui semble être sa source, soit la volonté du sujet. Cette seconde objection me permettra de souligner la nécessité de qualifier davantage la notion de consentement, afin de s'assurer de son utilité sur le plan éthique.

La première objection allègue que le modèle performatif, en insistant sur le caractère purement comportemental du consentement, n'arrive pas à rendre compte de nos intuitions les plus courantes quant à la possibilité d'un *consentement tacite*. En effet, on pourrait dire que le consentement tacite, par définition, ne se présente pas sous la forme d'un comportement mais, au contraire, sous la forme d'une *absence* de comportement⁵³.

⁵² FEINBERG 1989, p. 173.

⁵³ Notons, au passage, que le désir de rendre compte de la notion de consentement tacite pourrait également jouer en défaveur du modèle attitudinal et en faveur du modèle

Évidemment, la réplique qu'il convient de formuler à l'égard de cette objection est toute simple : la notion de comportement ne doit pas se limiter aux actes, elle doit aussi englober les omissions : le *consentement actif* serait ainsi révélé au moyen d'actes, tandis que le *consentement tacite* serait pour sa part révélé au moyen d'omissions.

Mais cette proposition doit elle-même éviter de tomber dans le piège que Malm nomme *la définition négative du consentement*⁵⁴, et qui consiste à penser que les omissions, par défaut, sont assimilables au consentement tacite. En considérant tout comportement passif comme une forme de consentement, on adopte forcément une position périlleuse, qui fait de l'expression catégorique du désaccord le seul et indispensable attribut du non-consentement, et qui relègue ainsi tous les autres comportements à une forme de consentement⁵⁵. Fait déplorable, cette définition négative aurait encore cours aujourd'hui sur le plan juridique.

« [I]n all but a few jurisdictions, the consent that is necessary to avoid (that aspect) of a charge of rape is defined in the negative. That is, a woman is presumed to have consented unless she has provided a clear expression of dissent. Thus, the utter absence of any positive sign of consent would not be enough to establish nonconsent, nor would it be enough if some mild signs of dissent were added to it⁵⁶. »

Comme le suggère Malm, on ne possède aucune raison véritablement convaincante d'adopter une définition négative de consentement. Du reste, rien ne nous autorise à passer de la reconnaissance de la nécessité des omissions pour le consentement tacite

performatif. En effet, le terme « tacite » ne peut s'appliquer qu'à un comportement. Il ne serait pas pertinent d'appliquer un tel terme à un état mental : on ne saurait parler d'une intention tacite, d'un désir tacite, d'une volition tacite, etc. Si on le fait, c'est qu'on qualifie le comportement par lequel l'état mental est extériorisé, et non l'état mental lui-même.

⁵⁴ MALM 1996.

⁵⁵ Voir REMICK (1993) pour une discussion plus poussée des inconvénients relatifs à cette présomption « automatique » du consentement, basée sur l'absence de désaccord manifeste. Au nombre des inconvénients, Remick note, entre autres, la protection inadéquate des femmes, le traitement injuste à l'égard des victimes de viol, et l'acceptation implicite d'un concept de viol défendable (p. 1114). Remick souligne également l'existence d'une asymétrie problématique entre le domaine sexuel et le domaine non sexuel, dans la mesure où le domaine de la sexualité serait actuellement le seul où l'absence de désaccord manifeste compte, par défaut, comme une marque du consentement (p. 1111).

⁵⁶ MALM 1996, p. 155.

à la reconnaissance d'une quelconque forme de suffisance. Autrement dit, que tout consentement tacite soit révélé au moyen d'une omission n'implique aucunement de considérer toute omission comme une indication de la présence d'un consentement tacite.

Il est donc faux d'affirmer que toute omission compte comme une marque du consentement, mais il convient de reconnaître que certaines omissions peuvent néanmoins posséder cette caractéristique. Comment, dans ce cas, doit-on distinguer le consentement tacite du désaccord non manifeste, lorsque, d'un point de vue extérieur, les deux semblent revêtir la même forme, soit la forme de l'omission? Pour éclairer cette question, on peut reprendre l'exemple et l'argumentation de Simmons.

« Chairman Jones stands at the close of the company's board meeting and announces, "There will be a meeting of the board at which attendance will be mandatory next Tuesday at 8:00, rather than at our usual Thursday time. Any objections?" The board members remain silent. In remaining silent and inactive, they have all tacitly consented to the chairman's proposal to make a schedule change⁵⁷. »

Dans l'exemple proposé, l'absence de réaction de la part des administrateurs présents autour de la table aurait la même valeur, les mêmes effets, et par conséquent le même pouvoir normatif qu'un consentement qui se serait exprimé de façon manifeste et explicite : « As a result, [the board members] have given the chairman the right (which he does not normally have) to reschedule the meeting, and they have undertaken an obligation to attend at the new time⁵⁸. » Supposons maintenant qu'un des administrateurs présents à la réunion ait été distrait ou endormi. On fait certainement fausse route en affirmant que l'absence de réaction tangible de cet administrateur puisse avoir la même valeur normative que s'il avait verbalisé son consentement d'une façon claire et manifeste. Comme le propose Simmons, cet apparent problème peut être résolu en précisant cinq conditions nécessaires pour qu'un comportement passif puisse se qualifier comme une marque du

⁵⁷ SIMMONS 1979, p. 79-80

⁵⁸ *Ibid.*, p. 80.

consentement⁵⁹. Premièrement, le sujet doit pouvoir comprendre la situation dans laquelle il se trouve. Cela suppose, bien sûr, que le sujet soit dans un certain état, par exemple qu'il affiche une certaine présence d'esprit. Mais cela suppose également que la situation elle-même soit de nature à être clairement comprise : ainsi, la proposition pour laquelle le consentement ou le désaccord est requis ne doit pas elle-même être équivoque. Deuxièmement, la procédure par laquelle le sujet est invité à exprimer son désaccord doit être raisonnable et connue du sujet lui-même. Cela pourrait impliquer que le sujet soit mis au courant de la façon adéquate d'exprimer son désaccord. Troisièmement, si le désaccord doit être exprimé à l'intérieur d'un certain laps de temps, cette information doit aussi être communiquée au sujet. Quatrièmement, le désaccord doit pouvoir être exprimé *aisément* par le sujet : il ne doit pas s'agir d'un geste difficile ou impossible à exécuter. Enfin, cinquièmement, les conséquences de l'expression d'un désaccord ne doivent pas être préjudiciables ni démesurément désavantageuses pour le sujet qui choisirait de ne pas consentir. Si une ou plusieurs de ces conditions ne sont pas remplies, l'inaction du sujet ne saurait tenir lieu de consentement. Autrement, on pourra alors admettre que le sujet a réellement consenti, et son consentement aura un pouvoir normatif en tous points équivalent à celui d'un consentement révélé au moyen d'actes. L'analyse de Simmons contribue ainsi à mettre de côté l'objection évoquée plus haut, à savoir l'incapacité du modèle performatif à rendre compte du consentement tacite. Plus précisément, l'analyse de Simmons permet d'éviter le problème de la définition négative engendré par la réplique à l'objection.

Une seconde objection qu'on peut adresser au modèle performatif est la suivante : en fixant son attention uniquement sur les comportements du sujet, le modèle performatif nie l'importance de ses états mentaux, alors que ces derniers ont pourtant un rôle essentiel à jouer dans la mesure où ils constituent la source même de ces comportements. Le consentement ne saurait avoir de sens véritablement significatif s'il n'est pas rattaché, de façon nécessaire, à la volonté du sujet. De plus,

⁵⁹ *Ibid.*, p. 80-82.

toute tentative de dissociation apparaît hautement contre-intuitive : « By dissociating consent from our attitudes and desires, the performative model seems to clash with our commonsense understanding of a connection between the act of consenting and our attitudes and desires⁶⁰. »

L'objection de la dissociation n'émane pas uniquement des défenseurs du modèle attitudinal, dont nous avons déjà considéré les arguments. Cette objection a en outre été formulée par les défenseurs d'un modèle hybride du consentement. Le modèle hybride propose une définition du consentement qui se veut à la fois attitudinale et performative : la composante mentale, aussi bien que la composante comportementale, constitue un élément nécessaire du consentement. Mais chacune des deux composantes, prise isolément, se révèle insuffisante à établir une juste définition de ce qu'est le consentement. C'est en ce sens que Patricia Kazan reconnaît la fonction essentielle que doivent jouer les comportements, mais elle rappelle également que la prise en considération des états mentaux du sujet demeure fondamentale, précisément dans la mesure où ces derniers permettront de distinguer deux comportements qui, d'un point de vue extérieur, seront en tous points similaires, mais dont on aurait raison de croire que l'un constitue un exemple du consentement, mais pas l'autre :

« The performative account is right to hold that consent must be communicated in a publicly recognizable fashion: since attitudes by themselves cannot change the prevailing pattern of rights and obligations, it seems clear that a positive attitude is not a sufficient proof of consent. [...] Performances can be ambiguous: not only do we often disagree on the significance of behavior and utterances, but sometimes feigned or forced consent is *behaviorally indistinguishable* from genuine consent. In many cases, we will have to appeal to the consenting agent's attitudes toward the act of consent to determine the matter⁶¹. »

Selon Kazan, la justification initiale du modèle performatif — c'est-à-dire la proclamation de la nécessité et de la suffisance du comportement pour l'établissement du consentement — repose principalement sur le constat évoqué précédemment, à

⁶⁰ KAZAN 1998, p. 35.

⁶¹ *Ibid.*, p. 41. L'italique est de moi.

savoir qu'on ne peut pas réduire le consentement d'un sujet à ses désirs envers l'objet du consentement. On peut désirer une relation sexuelle sans pour autant y consentir, tout comme il est possible de consentir à une activité sexuelle pour des motifs qui n'ont rien à voir avec le désir sexuel lui-même. D'après Kazan toutefois, le modèle performatif perd son avantage critique dès lors qu'on substitue le désir par une attitude d'ordre supérieur⁶². Une fois cette substitution faite, on peut à nouveau reconnaître la nécessité des attitudes, donc l'insuffisance des comportements :

« I submit that it is the failure to distinguish between our attitudes toward the act of consenting and the object of consent which leads to the erroneous conclusion that a positive attitude is not an essential component of consent⁶³. »

On peut toutefois penser que Kazan fait erreur lorsqu'elle présume que la justification du modèle performatif repose uniquement sur la thèse de la non-nécessité des désirs. Certes, il est vrai qu'une telle justification tombe dès lors qu'on fait la démonstration que ce ne sont pas des désirs qui sont en cause. Il n'est toutefois pas absurde de penser que la justification du modèle performatif ne repose pas sur la thèse de la non-nécessité des désirs, mais plutôt sur une question d'ordre épistémologique.

On ne dispose d'aucun accès direct aux états mentaux d'autrui, peu importe qu'il s'agisse de désirs de premier niveau (comme le désir envers φ) ou d'attitudes d'ordre supérieur (comme l'intention ou le désir de consentir à φ). Par conséquent, on doit toujours s'en remettre aux faits observables, c'est-à-dire aux comportements qui, dans certains contextes, nous *apparaissent hautement susceptibles* de communiquer un état mental. Si le modèle performatif opère une dissociation entre le consentement et les états mentaux censés en être la source, c'est pour une raison légitime et on ne peut plus pragmatique : il n'y a pas d'autre façon de conclure à l'existence d'un état mental que de le décoder à partir de comportements et de contextes donnés. Par

⁶² Pour Kazan, il s'agit, comme on l'a vu, de remplacer le désir envers une chose par le désir de consentir à cette chose.

⁶³ KAZAN 1998, p. 34.

contraste, la vision proposée par le modèle hybride⁶⁴ relève d'une sorte de « théorie idéale » de ce qu'est le consentement. Bien sûr, son intuition de départ n'est pas à rejeter : le consentement devrait, en principe, refléter fidèlement les états mentaux de celui qui l'accorde. Mais dans les faits, cette concordance entre attitude et comportement sera, au mieux, une *supposition* inférée à partir d'un certain nombre de faits et gestes observables. Personne ne nie le rôle central de la volonté du sujet, et les défenseurs du modèle performatif eux-mêmes⁶⁵ sont tout à fait prêts à reconnaître l'importance de certaines attitudes du sujet *censées* sous-tendre le consentement comportemental. Mais le consentement n'est pas l'état mental lui-même, il est l'acte grâce auquel un état mental peut être signifié⁶⁶. Sous peine de circularité, on ne saurait donner au signifiant la valeur de signifié.

À mon avis, le consentement requiert, dans une perspective idéale, la présence de certaines attitudes subjectives; mais ces dernières ne sont pas requises lorsqu'on considère la question dans une perspective empirique, c'est-à-dire en tenant compte de la façon dont le consentement se présente dans les faits. Ainsi, le consentement, conçu de manière idéale, témoignerait d'une intention ou d'une volonté de la part du sujet. Mais dans certains cas (qu'on pourrait qualifier de non idéaux), le consentement pourrait avoir une valeur normative même s'il n'est pas sous-tendu par les attitudes comme l'intention ou la volonté. C'est donc dire que certains actes de consentement, même lorsqu'ils ne sont pas intentionnels, pourraient entraîner les effets normatifs habituels, comme la légitimation des actions de l'agent externe, ou son exonération de responsabilité vis-à-vis de ces actions. Dans de tels cas, les instances d'un consentement non intentionnel n'en sont pas moins des instances du consentement⁶⁷. L'objection de la dissociation est donc fondée, en un sens. On peut, pour illustrer ce point, reprendre l'exemple proposé par Wertheimer.

⁶⁴ Qui, rappelons-le, considère que le consentement est *à la fois* mental et comportemental.

⁶⁵ BAKER 1999, p. 52; WERTHEIMER 2003, p. 147-148; BRETT 1998, p. 79.

⁶⁶ MALM 1996.

⁶⁷ À ce stade-ci, on pourrait évidemment sentir le besoin de revenir vers un modèle attitudinal ou hybride, en affirmant que le consentement nécessite absolument une attitude subjective, constitutive du consentement sur le plan *ontologique*. Cette affirmation demeurerait d'ailleurs

« A mammogram reveals suspicious areas in B's breast. A tells B that he wants to do a biopsy under general anesthesia, and, if positive, perform a lumpectomy. B appears to be listening, but is not paying attention. A asks her to sign a consent form authorizing both procedures (if necessary). B pretends to read the form, but thinks that A will only be doing a biopsy. She signs⁶⁸. »

On est en présence d'une situation où le sujet B consent, sur le plan comportemental, à deux opérations distinctes (une biopsie et une tumorectomie), mais sans avoir eu l'intention, sur le plan mental, de consentir à la seconde opération, et ce, même si le médecin A a bel et bien présenté toutes les informations requises et pertinentes, à l'oral et par écrit, de sorte qu'il était raisonnable de croire que la patiente B comprenait la nature et le risque des opérations, etc. Si on adopte le modèle performatif, on dira que B a consenti (indépendamment de sa psychologie interne) et qu'il est *a priori* légitime pour A d'agir. Par contre, selon les modèles hybride et attitudinal, B n'aurait pas consenti (indépendamment de l'évidence comportementale), et il serait illégitime pour A d'agir. Mais la question, encore une fois, est la suivante : dans la mesure où A ne dispose pas d'un accès direct aux états mentaux de B, dans la mesure où A a fait tout ce qui était possible et nécessaire pour déterminer la fiabilité de la réponse de B, comment peut-on à la fois juger que A n'est pas autorisé à opérer B, et défendre l'idée que le consentement possède un pouvoir normatif, susceptible de rendre légitime l'action de A envers B? Face à ce genre de cas, Wertheimer pense qu'on peut parler de consentement valide, même si le sujet

compatible avec la reconnaissance, sur le plan *épistémologique*, des difficultés d'interprétation des attitudes d'autrui pour l'agent externe. Ainsi, selon cette proposition, le consentement impliquerait, ontologiquement, la présence d'un certain état mental chez le sujet, et la question de savoir si les agents externes peuvent être excusés de n'avoir pas correctement saisi cet état mental serait une considération « secondaire », d'ordre épistémologique, qui n'aurait pas de portée directe sur la question ontologique. Malgré l'attrait d'une telle proposition, il me semble plus opportun de la rejeter, et de définir le consentement en termes interpersonnels (comportementaux et non mentaux), comme je l'ai fait jusqu'ici, quitte à admettre *par la suite* que certaines instances du consentement sont invalides lorsqu'elles ne reflètent pas la volonté du sujet. C'est essentiellement la position que je défendrai au cours des prochaines pages, à savoir que les critères de validité possèdent tout ce qu'il faut pour garantir qu'un consentement *valide* reflète, de façon suffisamment fiable, l'attitude intentionnelle du sujet.

⁶⁸ WERTHEIMER, 2003, p. 148.

consentant ne possède pas l'attitude volontaire qu'il aurait dû, idéalement, entretenir. Ce qui compte, c'est de savoir si les vérifications requises ont été faites, si les précautions nécessaires ont été prises. Si oui, on ne peut pas tenir A responsable d'avoir agi comme il l'a fait à l'égard de B. On doit admettre que B, dans ces circonstances, a véritablement consenti, que son consentement est effectif sur le plan normatif, malgré le fait qu'elle n'ait pas, en son for intérieur, eu l'intention de subir l'opération. Certains pourraient préférer ne pas parler ici de consentement, étant donné l'absence d'intention de la part du sujet. Mais le résultat, pour Wertheimer, demeure le même : A est autorisé à agir à l'égard de B. « If one wants to say that unintentional consent is not consent, then so be it. The question is whether B's consent token renders it permissible for A to perform the lumpectomy if the biopsy is positive. I believe that it might⁶⁹. » L'objection de la dissociation est fondée, mais le modèle performatif s'en accommode assez bien.

Ainsi, si on veut établir une différence entre deux cas où les comportements extérieurs des sujets sont en tous points similaires (donc en apparence « consentants »), mais dont on souhaite dire, dans un cas, que le sujet consent, et dans l'autre cas, que le sujet ne consent pas, il faudra se fier non pas à des données épistémologiquement non accessibles (comme la présence ou l'absence d'un état mental), mais bien au comportement lui-même et au contexte qui l'entoure. Pour reprendre l'exemple précédent, on pourra parler de *consentement valide et effectif* si toutes les précautions ont été prises : la compétence de la patiente a été attestée; l'information pertinente lui a été donnée de façon claire; on a vérifié qu'elle comprenait bien cette information; on a toutes les raisons de croire que son consentement est libre et qu'il n'est pas le résultat de menaces ou de manipulations psychologiques; etc. Par contraste, un comportement qui serait en tous points similaire, donc apparemment « consentant », mais qui proviendrait d'une personne non compétente, mal informée, ou sous l'emprise de pressions coercitives, ne serait pas considéré comme un exemple de consentement valide, mais ce constat nous serait

⁶⁹ *Ibid.*, p. 148.

donné par le contexte observable (l'incapacité du sujet à démontrer un niveau suffisant de compétence psychologique; le caractère confus, partiel ou mensonger de l'information fournie; la présence de forces coercitives; etc.).

Contrairement au modèle attitudinal, purement définitionnel, voire inutile sur le plan éthique, et contrairement au modèle hybride, idéal, mais dont la mise en application s'avère difficile pour des raisons d'ordre épistémologique, le modèle performatif reconnaît pleinement le pouvoir normatif du consentement. Toutefois, pour rendre compte de nos intuitions de base quant à la nature même du consentement, on sera tenté de reconnaître l'importance des états mentaux censés sous-tendre le consentement. On n'est toutefois pas tenu d'en faire des éléments nécessaires du consentement, à l'instar du modèle hybride.

Il convient alors de qualifier davantage le concept lui-même, afin d'éviter, autant que faire se peut, de travailler avec un concept du consentement qui soit purement béhavioriste, et qui rende trop fréquents les cas de consentement non intentionnel. Cet exercice de qualification du concept de consentement consiste à lui adjoindre un certain nombre de *critères de validité*. Ces critères de validité agiront donc comme des balises permettant, lorsqu'ils sont satisfaits, de solidifier notre supposition initiale quant au caractère intentionnel du consentement comportemental d'autrui. Ce sera l'objet du prochain chapitre, dans lequel je tenterai de présenter les caractéristiques propres à chacun des trois critères. Je me concentrerai plus attentivement sur le premier critère, soit l'absence de coercition, dans la mesure où il est étroitement lié à la question de l'exploitation, que j'évoquerai dans le dernier chapitre. En plus de rappeler que l'adjonction des critères de validité du consentement est une opération essentielle si l'on souhaite disposer d'une conception du consentement qui soit adéquate, je tenterai de souligner que chacun des trois critères de validité peut, en quelque sorte, être « modulé », c'est-à-dire qu'on peut le définir en des termes plus ou moins substantiels. Lorsqu'un critère de validité est défini en fonction d'exigences très élevées, il s'avère plus difficile d'affirmer qu'un sujet consent de façon valide. On peut d'ores et déjà penser qu'une définition

rigoureuse des critères de validité, en particulier du premier critère, permettra de prendre en considération certains des cas d'exploitation qui seront présentés dans le troisième chapitre.

Deuxième chapitre : Les critères de validité du consentement

La littérature à propos du consentement fait état de certaines conditions qui doivent être remplies pour qu'on puisse dire du consentement qu'il est valide. Comme je l'ai mentionné à la fin du chapitre précédent, ces conditions visent à assurer que le consentement, conçu en un sens performatif, reflète dans la mesure du possible une intention véritable et authentique de la part du sujet. On peut donc penser que l'adjonction de ces conditions permet au modèle performatif de se prémunir contre les objections de ceux qui voudraient l'assimiler à une conception purement béhavioriste du consentement⁷⁰.

Les conditions dont il sera question au cours du présent chapitre sont au nombre de trois : pour être valide, le consentement doit être *libre, éclairé*, et il doit provenir d'un sujet *compétent*⁷¹. Toutefois, certains théoriciens ajoutent à cette liste la condition de *manifestation*⁷². Avant de passer en revue les trois critères standard du consentement, j'apporterai quelques commentaires sur cette condition additionnelle, en expliquant pourquoi, à mon avis, elle ne devrait pas être considérée comme un critère de validité du consentement à proprement parler.

⁷⁰ Une des accusations que le camp attitudinal formule à l'égard du modèle performatif consiste à dire que ce dernier est tout simplement « insensible » au fait que le consentement est censé représenter un certain nombre d'états mentaux présents chez le sujet. Or, à mon avis, l'adjonction des critères de validité au modèle performatif permet de rejeter cette accusation.

⁷¹ On retrouve ces trois conditions standard chez bon nombre d'auteurs, notamment ARCHARD 1998; WERTHEIMER 1996a; GERT, CULVER et CLOUSER 1997; CHARLAND 2008, FEINBERG 1986. On notera que certains auteurs (par exemple Feinberg) semblent s'appuyer sur une « définition négative » des critères de validité, au sens où ils tentent de définir d'abord les cas où le consentement est vicié (en raison de la présence de coercition, de duperie, ou en raison de l'incompétence du sujet). Cette définition négative rend d'ailleurs compte de l'évolution historique du concept de validité, et plus précisément de ses racines du côté du droit pénal : en effet, l'identification de *délits* viciant le consentement (*metus, dol*) a précédé historiquement — et engendré — la formulation positive des critères du consentement que l'on connaît aujourd'hui. Pour une discussion de l'évolution du concept de consentement sexuel en droit civil et pénal, voir CHASSAING 2005.

⁷² Tom Beauchamp et Ruth Faden, par exemple, font état d'une exigence de manifestation du consentement, qui pourrait être considérée comme un critère de validité du consentement dans le cadre bioéthique (voir BEAUCHAMP et FADEN 1986, p. 275).

L'inéligibilité de la condition de manifestation comme critère de validité

Il m'apparaît erroné de considérer l'exigence que le consentement soit manifeste comme un critère de validité, dans la mesure où nous avons choisi, dans le chapitre précédent, d'adopter un modèle performatif du consentement : en ce sens, le modèle performatif stipule *déjà* que le consentement est une affaire de comportement extérieur observable. La condition de manifestation apparaît donc comme un élément constitutif du consentement plutôt que comme un critère de sa validité. Parler d'un « consentement non manifeste » apparaît, au sein d'un modèle performatif, comme un oxymore. Pour le dire autrement, le fait que le consentement ne soit pas manifeste donne lieu à une absence pure et simple de consentement, plutôt qu'à un consentement invalide. Mis à part les cas de consentement par omission, qui font l'objet d'un traitement particulier⁷³, le consentement est par définition manifeste.

Toutefois, même si on établit que la condition de manifestation est un élément constitutif plutôt qu'un critère de validité, certaines questions demeurent, notamment en ce qui a trait à la nature et au niveau de manifestation requis pour qu'un comportement puisse valoir comme une marque du consentement. Bien que les réponses à ces questions ne soient pas centrales pour la suite de mon propos, il m'apparaît tout de même souhaitable de proposer quelques pistes de solutions à ce sujet. La manifestation d'un comportement peut être plus ou moins ostentatoire, plus ou moins intense. Le consentement pour sa part n'admet pas de tels degrés : on consent ou on ne consent pas, mais il n'est pas possible de consentir à moitié. À partir de quel seuil d'intensité doit-on juger que la manifestation d'un comportement

⁷³ Comme on l'a vu précédemment, le silence et l'inaction possèdent *dans certains cas* une valeur équivalente à celle d'une action, et peuvent dès lors compter comme une marque du consentement. Doit-on penser que, dans de tels cas, la condition de manifestation est remplie, même si, paradoxalement, c'est par une absence de manifestation que le sujet consent? Avant tout, il faut se rappeler que les cas « acceptables » de consentement par omission sont régis par les cinq conditions proposées par Simmons, conditions qui doivent toutes être satisfaites pour que l'omission ait une valeur normative équivalente à celle d'un consentement actif. Ainsi, la réponse la plus pertinente consiste à affirmer que le silence et l'inaction constituent bel et bien une manifestation du consentement mais uniquement à la condition que soient satisfaites les exigences de Simmons.

constitue une instance du consentement? Dans la mesure où ils dépendent largement de conventions sociales, les facteurs permettant d'affirmer qu'un comportement est « suffisamment manifeste » pour constituer une instance du consentement peuvent varier selon le domaine d'activité, puisque les conventions elles-mêmes diffèrent d'un domaine à l'autre. On admettra aisément que le niveau d'exigence quant à la manifestation du consentement soit extrêmement élevé, voire hautement formalisé, dans le cadre de l'éthique biomédicale (pensons par exemple à un testament biologique), mais que cette exigence ne prévale pas dans le domaine de l'activité sexuelle, où le consentement est habituellement informel et souvent non-verbal. Il serait en effet absurde (et contraire aux pratiques les plus communes) d'exiger un trop haut degré de formalité pour le consentement sexuel. Pourtant, des contributions comme celle de Lani Remick semblent suggérer qu'il faille hausser le seuil de manifestation requis pour qu'un comportement puisse compter comme une instance de consentement sexuel. Plus précisément, Remick propose de redéfinir le consentement sexuel en termes strictement verbaux⁷⁴. Selon elle, on éviterait de la sorte tous les risques de malentendu ou d'équivoque qui sont normalement associés à l'utilisation du langage non verbal. En réaction à la proposition de Remick, Malm propose une solution qui respecte davantage le sens commun, tout en dissipant les inquiétudes quant à la possibilité de malentendus. La proposition de Malm consiste à dire que certains comportements non verbaux, conformément à nos conventions sémiotiques, peuvent tenir lieu de consentement, comme c'est déjà le cas dans la plupart de nos activités quotidiennes. Toutefois, lorsque les conventions sémiotiques sont floues, ou lorsqu'il s'avère difficile de déterminer si un comportement est conforme à la convention, un principe de précaution s'applique :

« [W]e can resolve some of Remick's worries, without moving to a strictly verbal standard of consent, by recognizing that in order for nonverbal behavior to count as consent, it must reasonably be interpretable as an intentional way of saying "Yes" [...] And as the acts in question move further away from our paradigmatic ways of consenting, we have the presumption of nonconsent to help us reduce

⁷⁴ REMICK 1993.

the chance of mistake. Since that presumption causes cases of doubt to fall to the side of nonconsent, it obliges those who are faced with uncertainty or ambiguity to inquire further⁷⁵. »

Bien sûr, il conviendrait de préciser davantage ce en quoi consiste un consentement de type « paradigmatique » dans le cadre de l'activité sexuelle. Une telle précision n'a cependant pas besoin d'être apportée ici, dans la mesure où la présente discussion vise d'abord à établir la liste des critères de validité du consentement. Comme on l'a vu, la condition de manifestation ne fait pas partie de cette liste. Elle agit plutôt comme un élément constitutif du consentement, au sein du modèle performatif.

Premier critère de validité : le caractère libre du consentement

Ainsi, le premier des trois critères de validité consiste en une exigence que le consentement soit libre, c'est-à-dire prononcé en l'absence de coercition⁷⁶. Mais en quoi consiste précisément la coercition dont il est question ici? Puisque les cas qui nous intéressent sont ceux où un sujet *consent* sous l'influence de contraintes ou de pressions coercitives, on peut d'emblée exclure de notre analyse tous les cas où une personne est littéralement *forcée* (physiquement) à participer à une activité donnée,

⁷⁵ MALM 1996, p. 161-162.

⁷⁶ En anglais, plusieurs adjectifs sont utilisés pour décrire cette exigence : « *free consent* », « *freely-given consent* », « *voluntary consent* », « *intentional consent* », etc. On retrouve assez fréquemment le substantif « voluntariness » pour parler de cette condition. Mentionnons, au passage, que l'usage des termes anglais « voluntariness » et « voluntary » peut parfois porter à confusion, dans la mesure où l'idée de *vouloir* à laquelle ils réfèrent étymologiquement est elle-même une idée extrêmement complexe et équivoque. Une clarification complète des différents concepts en jeu est évidemment impossible ici. Rappelons tout de même, rapidement, que le concept de volonté est plus fréquemment traduit en anglais par le mot *will*. En un sens idéal (*free will*), la volonté correspond aux aspirations profondes et authentiques du sujet. Par contre, en un sens excessivement minimal, la volonté pourrait référer au simple fait d'avoir « choisi » entre deux options, même lorsque celles-ci ne correspondent aucunement à une volonté au sens idéal. Selon Harry FRANKFURT (1971), il conviendrait de nommer *volition* cette volonté minimale, qui consiste simplement à choisir une action plutôt qu'une autre. Or, l'idée de « voluntary consent » (qu'il convient de traduire par *consentement libre*) réfère principalement à l'absence de coercition du sujet dans sa capacité à choisir. Conçu de cette façon, le concept prend ses distances face à un sens excessivement minimal (*volition*), sans pour autant s'apparenter à une conception idéale et trop exigeante, selon laquelle on ne pourrait choisir librement qu'en vertu d'une concordance parfaite avec les préférences du moi profond.

dans la mesure où, en principe, elle n’y consent pas⁷⁷. Ce genre de cas correspond plutôt à ce que Joel Feinberg nomme la compulsion⁷⁸. Dans les cas de coercition, par contre, le sujet est contraint, mais d’une tout autre manière que celle décrite dans les cas de compulsion : soumis à la pression, le sujet « choisit » de participer à une activité donnée. Il choisit entre deux options, même s’il s’agit visiblement d’un choix sous-optimal (dans la mesure où les circonstances entourant ce choix sont loin d’être désirables) : « [T]he deliberate choice to succumb to compulsive pressure on the grounds that continued resistance is possible only at too great a cost is to give in to coercion by choosing the lesser evil⁷⁹. » En d’autres termes, la nuance entre compulsion et coercition pourrait se résumer ainsi : la compulsion, au sens strict, entraîne une capitulation *automatique* de la part du sujet, tandis que la coercition est davantage assimilable à une *décision* de capituler, que le sujet prend en considérant les circonstances auxquelles il fait face. Bien sûr, il ne s’agit pas d’une décision au sens idéal du terme, mais plutôt d’une décision fortement conditionnée.

Ainsi, pour être valide, le consentement doit être libre, c’est-à-dire qu’il ne doit pas être le résultat de pressions coercitives indues. Par-delà cette définition du caractère libre du consentement, il faut bien évidemment tenter de comprendre plus précisément ce à quoi on réfère lorsqu’on parle de coercition. Puisque les cas de coercition — contrairement aux cas de compulsion — sont des cas où le sujet doit *choisir* entre deux options⁸⁰, il semble tout à fait pertinent de caractériser la situation coercitive sous sa forme la plus courante, soit celle de la menace. Le sujet doit alors choisir entre sa participation à une activité donnée (l’option X, qui prend la forme d’une demande), ou le fait de subir les conséquences de sa non-participation (l’option

⁷⁷ FEINBERG 1986, p. 189-195.

⁷⁸ Feinberg distingue, au sein de la compulsion, deux types de forces : la compulsion au sens propre (*compulsion proper*) et la pression compulsive (*compulsive pressure*). Dans le premier cas, le sujet est nécessairement vaincu par la force tandis que dans le second, la perspective que le sujet résiste à cette force demeure possible. La même distinction pourra d’ailleurs s’appliquer à la coercition au sens propre par opposition à la pression coercitive.

⁷⁹ FEINBERG 1986, p. 194.

⁸⁰ Mon analyse porte ici sur le cas paradigmatique où seulement deux options sont accessibles au sujet (dilemme), mais il va sans dire que des cas de trilemme, quadrilemme, etc. sont également possibles.

Y, qui constitue la menace proprement dite). On suppose intuitivement que chacune des deux options apparaît *a priori* comme indésirable et non souhaitée aux yeux du sujet.

Avant d'aller plus loin, on doit noter que ce ne sont pas toutes les menaces qui possèdent un caractère coercitif. C'est un point sur lequel insiste David Archard⁸¹. D'abord, pour être coercitive, la menace doit avoir recours à des conséquences que l'on juge significatives : « By significant I mean that a *real harm* is proposed. A threat to kill or mutilate is coercive; a proposal to poke the other in the arm is not⁸². » La menace coercitive doit également avoir pour cible ce qui est important aux yeux du sujet : par exemple, la menace de s'en prendre à un inconnu n'aurait certainement pas la même valeur que la menace de s'en prendre au sujet lui-même ou à l'un de ses proches. Enfin, pour être coercitive, une menace doit faire appel à des conséquences crédibles : ainsi, le sujet qui se voit menacé d'être transformé en crapaud ne peut évidemment pas prétendre avoir été victime de coercition. Ces quelques remarques peuvent sembler évidentes, mais elles permettent néanmoins d'écarter de notre analyse certains cas qu'il conviendrait de qualifier de frivoles.

En ce qui concerne les autres cas, on peut se représenter les diverses situations coercitives selon leur degré, c'est-à-dire selon l'ampleur de la menace. En principe, plus l'option Y (la menace à proprement parler) est désastreuse, plus l'option X (la demande) s'impose avec force au sujet⁸³. Autrement dit, dans les cas où l'option Y est immensément désastreuse, on s'accordera pour dire que le sujet avait très peu de marge de manœuvre quant à la possibilité de faire un véritable choix : l'ampleur de la menace Y était telle qu'elle imposait au sujet de se soumettre à la demande X. Feinberg propose plusieurs façons de calculer l'ampleur d'une menace. L'une d'entre

⁸¹ ARCHARD 1998, p. 50.

⁸² *Ibid.*, p. 50. L'italique est de moi. Notons que l'idée d'un « vrai tort » ne se restreint pas à l'idée d'un tort physique. Les torts psychologiques, sociaux ou autres (par exemple, salir la réputation de quelqu'un ou révéler ses secrets) doivent également être pris en compte.

⁸³ À moins évidemment que l'option X soit jugée plus désastreuse encore que l'option Y, dans quel cas le sujet élira l'option Y, c'est-à-dire la conséquence annoncée de sa non-soumission à X.

elles consiste à évaluer la *force coercitive* de la menace selon le coût associé au fait de ne pas s'y soumettre, c'est-à-dire selon le coût de l'option Y :

« In cases of coercion by threat, [...] the victim [...] can comply, or he can suffer the probable consequences. But if the alternative to compliance is some unthinkable disaster—such as the death of a child—then one alternative choice is made so unreasonably costly that it is quite ineligible. [...] In intermediate cases [...], the threat in effect puts a price tag on noncompliance and leaves it up to the threatened person to decide whether the price is worth paying. The metaphor of the price tag is especially useful since it reflects the fact that there are different degrees of *coercive pressure*, some greater than others, and the greater the coercion (the higher the cost) the less eligible is noncompliance⁸⁴. »

Une objection à l'égard de cette méthode consiste à dire que le mode de calcul proposé omet de tenir compte du coût de la première option (X). Imaginons, à titre d'exemple, deux cas distincts de situations coercitives. Dans le premier cas, un homme séropositif insiste pour avoir des relations sexuelles non protégées avec une femme qui ne le souhaite pas⁸⁵ (option X₁). L'homme menace de la gifler si elle n'accède pas à sa demande (option Y₁). Dans le second cas, un homme incite une femme à lui céder son siège dans le métro (option X₂), et menace de la gifler si elle ne le fait pas (option Y₂). On constate que le coût associé à l'option de non-soumission (Y) est le même dans les deux cas. Par contre, les coûts associés à la participation à l'activité proposée diffèrent selon les exemples (X₁ et X₂ n'ont pas la même valeur). On imagine aisément que, dans le premier cas, la femme refusera de se soumettre à la demande X₁ quitte à en subir les conséquences Y₁, mais que dans le second cas, ce sera plutôt l'option X₂ qui aura priorité sur l'option Y₂. Or, la méthode de calcul proposée, parce qu'elle fixe son attention uniquement sur les coûts de l'option Y, sans prendre en considération les coûts de l'option X, n'arrive pas à bien traduire l'idée, pourtant centrale dans les cas de menace, selon laquelle le sujet choisit entre deux options celle qui lui semble la moins défavorable. Pour choisir entre deux

⁸⁴ FEINBERG 1986, p. 192.

⁸⁵ Imaginons, pour les fins de l'exercice, que la femme est consciente de la séropositivité de l'homme, qu'elle se sait elle-même séronégative, et que de toute façon, elle ne souhaiterait même pas avoir de relations sexuelles avec cet homme s'il était séronégatif.

maux, encore faut-il que le sujet puisse évaluer leur valeur respective, sur une base comparative. Ainsi, une juste compréhension du caractère coercitif d'une situation dépendrait nécessairement de la prise en compte de l'option X.

C'est pour répondre à cette objection Feinberg propose, entre autres méthodes⁸⁶, celle du *calcul différentiel*, qui consiste à évaluer l'écart entre le coût de Y et celui de X : « The greater the difference between the "cost" of the threat and the "cost" of the demand, the greater the coercive pressure⁸⁷. » Plus précisément, il s'agit ici d'attribuer des valeurs numériques aux deux options, puis de procéder à la soustraction (Y - X). Plus le résultat est élevé, plus la pression coercitive risque d'être effective, faisant pencher le sujet vers l'option X. Les résultats négatifs⁸⁸, quant à eux, reflètent plutôt les cas où le sujet préférera ne pas participer à l'activité X proposée par l'agent, quitte à en subir les conséquences Y.

J'estime que la méthode de calcul différentiel proposée par Feinberg ne constitue pas une façon adéquate d'évaluer l'ampleur d'une situation coercitive. Tout au plus, il s'agit d'une modélisation de la délibération qu'effectue le sujet face aux deux options qui lui sont proposées. Supposons que l'on attribue, sur une échelle de 1 à 10, des valeurs numériques aux coûts respectifs des options X (la demande) et Y (la menace). Plus le nombre est élevé, plus l'option est coûteuse ou défavorable pour le sujet. Supposons maintenant, dans un premier scénario, qu'à la variable X corresponde un coût de 7, et qu'à la variable Y corresponde un coût de 9. La

⁸⁶ Feinberg propose au total quatre méthodes de calcul. En plus des deux méthodes que j'évoque ici (calcul de la force coercitive et calcul différentiel), Feinberg propose un calcul du *fardeau total* et un calcul du *minimum coercitif* (FEINBERG 1986, p. 205). La méthode du fardeau total consiste à additionner les coûts des deux options. Plus le total est élevé, plus on a raison de croire que la volonté du sujet a été fortement contrainte. Ainsi, dans les cas où les deux options sont extrêmement coûteuses, on dira que le choix du moindre mal s'est révélé, au final, être un choix hautement involontaire. À l'inverse, dans les cas où l'une des deux options est peu coûteuse (et *a fortiori* dans les cas où les deux options sont peu coûteuses), on dira que la volonté peut-être été contrainte, mais que cette contrainte, par sa trivialité, ne représente probablement pas une grande pression coercitive. La méthode du minimum coercitif consiste quant à elle à limiter la pression coercitive à la moins coûteuse des deux options, peu importe que cette option soit représentée par X ou Y. Plus les coûts associés à l'option la moins défavorable sont bas, plus on a tendance à dire que la coercition était faible.

⁸⁷ FEINBERG 1986, p. 202.

⁸⁸ Résultats obtenus lorsqu'on soustrait X de Y mais que le coût de X excède celui d'Y.

différence entre les deux options (Y moins X) est de +2. Ce résultat positif indique que le sujet choisira de se soumettre à la demande que représente l'option X. Un résultat négatif aurait plutôt indiqué une préférence envers Y, tandis qu'un résultat de zéro aurait indiqué une réelle ambivalence du sujet face aux deux options disponibles. Or, le problème du calcul différentiel est le suivant : on peut parvenir au même résultat (+2) en associant à chacune des options des coûts différents de ceux qu'on vient tout juste d'utiliser. Par exemple, dans un second scénario, X pourrait équivaloir à 2, et Y à 4 : on arriverait alors au même résultat que dans le premier scénario (+2). Le résultat du calcul différentiel ne permet donc pas, à lui seul, d'évaluer l'ampleur d'une situation coercitive, puisqu'il met sur un même pied d'égalité nos deux scénarios, qui représentent pourtant deux situations foncièrement différentes en ce qui a trait à l'ampleur même de la menace.

Ce n'est pas ici mon objectif de déterminer quelle méthode de calcul est la plus appropriée pour juger de la présence ou du fonctionnement de la coercition. Je souhaite toutefois souligner que les deux méthodes évoquées ne poursuivent pas le même objectif. La méthode du calcul différentiel permet de mesurer le *caractère effectif* de la situation coercitive, c'est-à-dire la possibilité que le sujet se soumette à l'option X. Une telle méthode ne révèle toutefois pas l'ampleur réelle de la situation coercitive. Pour sa part, le calcul de la force coercitive n'a nullement pour mandat de rendre apparent le processus de délibération interne du sujet, ni de juger de l'efficacité causale d'une menace. Il vise plutôt à formaliser le niveau de contrainte auquel le sujet fait face. Si le niveau de la menace Y est très élevé, le fait que le niveau de la demande X soit pour sa part faible, moyen, ou élevé, ne change en rien notre jugement selon lequel le choix de l'option X par le sujet aura été un choix fortement contraint. L'exemple typique de « la bourse ou la vie » permet de bien illustrer ce point. Si un brigand demande à un voyageur de lui donner sa bourse (X), sans quoi il le tuera (Y), le fait que la bourse du voyageur soit pleine ou presque vide ne change strictement rien au fait que le voyageur aura été fortement contraint de la tendre au brigand. Là où les coûts associés à l'option X pourront faire une différence

selon moi, c'est dans l'évaluation des torts qui auront été infligés au passant, mais non dans le niveau de pression coercitive auquel il aura été exposé⁸⁹. Autrement dit, il me semble tout à fait juste d'affirmer, dans l'exemple du brigand, que le niveau de pression à l'égard du voyageur demeure très élevé, indépendamment du contenu de la bourse.

Bien que la menace constitue l'exemple le plus courant de la pression coercitive, on ne doit pas perdre de vue que certaines formes de coercition peuvent se présenter sous un jour tout à fait différent. La littérature à propos de la validité du consentement mentionne en effet la possibilité que ce soit une offre⁹⁰, plutôt qu'une menace, qui pousse le sujet à se soumettre à une demande. Tandis que la menace laisse présager une détérioration de la condition du sujet, advenant son refus d'accéder à une demande particulière, l'offre lui promet plutôt une amélioration de sa situation en échange de sa collaboration. Nozick résume ainsi cette première distinction :

« As a first formulation, let us say that whether someone makes a threat against Q [...] or an offer to Q [...] depends on how the consequence he says he will bring about changes the consequences of Q's action from what they would have been in the normal or natural or expected course of events. If it makes the consequences [...] worse than they would have been in the normal and expected course of events, it is a threat; if it makes the consequences better, it is an offer⁹¹. »

Une fois cette distinction admise, on doit éviter deux écueils. Le premier écueil consiste à penser que toutes les offres sont coercitives, à partir du moment où

⁸⁹ Il est à noter que Malm abonde dans le même sens : « [W]e expect persons, as a matter of rationality to choose the lesser of two evils. [...] The degree of [...] harm is limited to the degree of the lesser of the evils [...] because only the lesser was unavoidable. » (MALM 1996, p. 153-154.) Bien que la méthodologie soit similaire, il ne faut pas confondre, d'une part, le calcul du minimum coercitif proposé par Feinberg, qui se présente avant tout comme un calcul du *niveau de coercition* (voir note 86) et, d'autre part, la proposition de Malm qui consiste à établir *le niveau de tort* que le sujet est censé avoir subi, à l'aide d'une estimation de ce qui représente le moindre de deux maux.

⁹⁰ Parmi les auteurs ayant traité cette question, mentionnons NOZICK 1997; FEINBERG 1986; PRIMORATZ 1999; MAPPES 2008; ARCHARD 1998; WERTHEIMER 2003; MCGREGOR 1996.

⁹¹ NOZICK 1997, p. 24.

elles se présentent au sujet comme quasi irrésistibles. Cette position est exemplifiée par les propos de Virginia Held :

« A person unable to spurn an offer may act as unwillingly as a person unable to resist a threat. Consider the distinction between rape and seduction. In one case constraint and threat are operative, in the other inducement and offer. If the degree of inducement is set high enough in the case of seduction, there may seem to be little difference in the extent of coercion involved. In both cases, persons may act against their own wills⁹². »

Selon cette position, le seul fait qu'un sujet se voit offrir un avantage substantiel, par rapport à ce qui aurait été le cours normal ou prévisible des choses, devient une forme de coercition susceptible d'invalider l'acceptation, par ledit sujet, de l'offre en question. Supposons par exemple, que l'on m'offre un emploi cinq fois plus payant que celui que j'occupe actuellement (du lundi au vendredi et qui globalement me satisfait), mais que le nouvel emploi implique que j'accepte de travailler également le samedi. Si j'accepte le nouvel emploi, faudrait-il en conclure que j'y ai été forcé et que ce n'était pas là un choix libre? Cette position est difficilement tenable, et on aurait tort d'assimiler, comme le fait Held, toute offre hautement avantageuse à une forme de coercition.

Le deuxième écueil consiste, au contraire, à penser qu'une offre ne peut jamais être coercitive, car seules les menaces auraient cette propriété. Ainsi, à partir du moment où une offre promet au sujet une amélioration de sa situation, le fait que celui-ci l'accepte apparaît nécessairement comme un choix libre et dépourvu de toute pression coercitive. En l'absence d'une telle offre, ce serait le cours normal ou prévisible des choses qui aurait prévalu; par conséquent, on ne peut accuser l'offre elle-même, si irrésistible soit-elle, de contraindre le sujet, puisque contrairement aux menaces, une offre ne présente pas un risque de dégradation de la condition du sujet. Ce dernier peut donc refuser l'amélioration qui lui est offerte, et choisir de conserver sa condition normale. Mais alors, la situation suivante n'aurait rien de coercitif :

« *Q* is in the water far from shore, nearing the end of his energy, and *P* comes close by in his boat. Both know there is no other hope of *Q*'s

⁹² HELD 1972, citée dans MAPPES 2008.

rescue around, and *P* knows that *Q* is the soul of honesty and that if *Q* makes a promise he will keep it. *P* says to *Q* "I will take you in my boat and bring you to shore if and only if you first promise to pay me \$10,000 within three days of reaching shore with my aid"⁹³. »

Même un libertarien radical, pour qui les devoirs positifs sont toujours surrogatoires, aurait probablement du mal à défendre la valeur morale d'une telle position.

Comment doit-on alors naviguer entre ces deux écueils? Une position nuancée consisterait à dire que certaines offres sont coercitives, et que certaines ne le sont pas. La question qui se pose alors est la suivante : où on doit-on tracer la ligne de démarcation entre le premier et le second type d'offres? Thomas Mappes répond en affirmant que l'offre coercitive a ceci de particulier qu'elle recourt à une promesse de combler certains besoins fondamentaux en échange de la collaboration du sujet à une activité donnée :

« [T]here is an important social reality that the notion of coercive offer appears to capture [...] Is it not a case in which the recipient of an offer is in circumstances of genuine need, and acceptance of the offer seems to present the only realistic possibility for alleviating the need? Assuming this sort of case is the heart of the matter, it seems that we cannot avoid introducing some sort of distinction between *genuine needs* and *mere wants*⁹⁴. »

Offrir de sauver la vie d'un riche naufragé en échange d'une promesse de 10 000\$, ou offrir de la nourriture à une personne sur le point de mourir de faim en échange de faveurs sexuelles seraient ainsi des exemples d'offres coercitives. Par contre, si on considère le cas dans lequel un producteur hollywoodien offre un premier rôle à une jeune mannequin désireuse de faire du cinéma, à la condition que celle-ci accepte ses avances sexuelles, on ne serait probablement pas, selon Mappes, en présence d'une offre coercitive. Le désir de la jeune mannequin de faire du cinéma n'est certainement pas un besoin fondamental.

Une position encore plus rigoureuse que celle de Mappes serait, à mon avis, celle qu'avance Wertheimer. Pour lui, une proposition est coercitive (peu importe de savoir s'il s'agit de menace ou d'offre) dès lors que le refus de cette proposition laisse

⁹³ NOZICK 1997, p. 26-27.

⁹⁴ MAPPES 2008, p. 243.

le sujet dans une situation pire que celle à laquelle il est en droit de s'attendre. Il ne s'agit pas de considérer, dans un premier temps, ce que serait le *statu quo* advenant un refus de ladite proposition par le sujet, puis de considérer, dans un second temps, si la proposition constitue une amélioration de la condition du sujet, comparativement à ce *statu quo*. Comme on l'a vu, cette position mène à la conclusion contre-intuitive selon laquelle aucune offre n'est coercitive. Wertheimer rejette l'idée de se servir du *statu quo* comme base comparative (cours normal ou prévisible des choses), et affirme qu'on doit plutôt prendre pour base comparative les droits du sujet :

« [T]he crucial element in coercive proposals is that A proposes to make B worse off than she has a *right* to be vis-à-vis A or that A proposes to violate B's right, and not (as it might seem) that A proposes to make B worse off than her status quo. [...] If a drowning B has the right to be rescued by A, then A's proposal to rescue B only if she pays him \$10,000 is a coercive proposal on this view because A proposes to make B worse off than her right-defined baseline, even though he proposes to make her better off than her status quo-baseline⁹⁵. »

Wertheimer ne cherche donc pas à évaluer si l'offre implique une promesse de combler certains besoins fondamentaux, comme Mappes propose de le faire. Bien sûr, dans le cas du naufragé, on admettra que Wertheimer et Mappes arrivent aux mêmes conclusions : l'acceptation de l'offre par le naufragé fait autant intervenir un droit — celui d'être secouru (Wertheimer) — qu'un besoin fondamental — celui de rester en vie (Mappes).

Un des cas évoqués par Wertheimer permet toutefois de bien distinguer sa position de celle de Mappes : un gardien de prison propose d'aider une condamnée à mort à s'échapper, mais à la condition que celle-ci accepte d'abord les avances sexuelles du gardien. Le désir de la prisonnière d'échapper à la peine capitale n'a rien de fantasque, et on peut facilement l'assimiler à un besoin fondamental : celui de survivre. En ce sens, l'analyse proposée par Mappes nous amènera à conclure que l'offre du gardien de prison est coercitive. Par contre, l'analyse proposée par Wertheimer met en lumière le fait que l'évasion de la prisonnière n'est pas, dans ce

⁹⁵ WERTHEIMER 1996a, p. 102.

cas-ci, un droit. L'offre du gardien n'est donc pas coercitive (même si elle demeure hautement problématique à d'autres égards). Si la prisonnière refuse l'offre du gardien, cela n'aura pas pour conséquence de ramener sa condition en deçà du seuil de ce à quoi elle a droit⁹⁶.

Ainsi, la fixation d'un seuil permettant de distinguer les offres coercitives des offres non coercitives repose, en dernière instance, sur l'idée que l'on se fait du « cours normal ou prévisible des choses ». D'une part, on peut imaginer ce qui serait le plus susceptible de se produire : on parlera ici de *statu quo*, ou de cours normal des choses au sens usuel. D'autre part, on peut se référer à ce qui *devrait* se passer : le cours normal est ici entendu en un sens normatif⁹⁷, et c'est vers cette interprétation que penchent Mappes et Wertheimer. Pour eux, une offre qui promet une amélioration de la condition du sujet, mais qui utilise comme point de comparaison des circonstances injustes ou oppressives (relativement aux droits ou aux besoins du sujet) serait une offre coercitive, possédant le même caractère contraignant qu'une menace, et par conséquent, la même capacité à invalider le consentement qu'un sujet donnerait sous son emprise.

Revenons à la question initiale : comment doit-on concevoir la coercition? À mon avis, le fait de limiter la coercition aux cas de menaces témoigne d'une vision trop restreinte de ce qu'elle est réellement. La proposition adverse, selon laquelle on doit considérer comme coercitives toutes les offres qui promettent d'améliorer substantiellement le sort d'un sujet, m'apparaît trop sévère, dans la mesure où il devient alors impossible pour un sujet de consentir valablement à une option qu'il

⁹⁶ L'exemple de Wertheimer présente le cas d'une prisonnière condamnée à mort, mais il ne faut pas se laisser distraire par nos intuitions quant au caractère injuste d'une telle peine. Peu importe nos intuitions réelles quant à la peine de mort, l'idée consiste plutôt à dire qu'une fois admise l'hypothèse selon laquelle ce châtement est mérité, les grilles d'analyse de Mappes et Wertheimer divergent quant à la question de savoir si l'offre est coercitive. La compréhension de l'argument nous demande ainsi de mettre entre parenthèses nos objections, dont celle qui consiste à dire que la peine de mort constituerait également une violation des droits de la prisonnière. Voir WERTHEIMER 1996a, p. 103.

⁹⁷ On pourrait parler, pour reprendre la terminologie de Nozick, du cours *moral* des choses, c'est-à-dire de ce qui est moralement attendu (« morally expected course of events »). Voir NOZICK 1997.

considère comme avantageuse. Je crois que les conceptions que proposent Mappes ou Wertheimer sont plus adéquates : il ne s'agit pas ici de dire qu'aucune offre n'est coercitive, ni qu'elles le sont toutes. Certaines offres le sont, et ce sont précisément celles qui misent sur les conditions de vie hautement défavorables d'un sujet ou celles qui bafouent ses droits⁹⁸. Ces offres étant coercitives, on peut mettre en doute la validité du consentement du sujet qui les accepte, de la même façon dont on l'aurait fait si ce consentement avait été obtenu sous l'effet de la menace.

Deuxième critère de validité : le caractère éclairé du consentement

Pour être jugé valide, le consentement doit non seulement être libre, mais également éclairé. Dans la présente section, je me propose d'exposer très brièvement quelques-unes des caractéristiques propres à cette exigence d'information. Je rappellerai d'abord que le consentement sexuel, comme le consentement médical, porte sur des actes particuliers qui doivent être connus du sujet. Bien sûr, la sexualité implique une part de spontanéité, mais cela ne constitue nullement un obstacle à l'exigence que le sujet *sache* ce à quoi il consent. Je montrerai ensuite que la question de savoir ce qui doit compter comme une information pertinente est essentiellement subjective. Je rappellerai aussi que ce ne sont pas toutes les fausses croyances qui sont de nature à invalider le consentement : ce sont, au premier chef, les fausses croyances ayant été causées par une forme de duperie qui seront susceptibles de vicier le consentement.

On s'accorde généralement pour admettre que le consentement d'un individu est valide seulement lorsque celui-ci possède, au moment de consentir, certaines informations qu'on juge pertinentes dans les circonstances. En principe, une information pertinente est une information qui, selon que le sujet la connaisse ou l'ignore, pourra faire une différence notable quant au type de décision qu'il prendra.

⁹⁸ La définition la plus adéquate de l'offre coercitive serait, à mon avis, celle qui *conjuguerait* les éléments des deux positions : l'exigence qu'une offre ne viole pas les droits du sujet à qui elle s'adresse (WERTHEIMER 1996a) et l'exigence qu'elle ne mise pas sur les conditions de vie hautement défavorables (MAPPES 2008) seraient alors deux conditions nécessaires à l'établissement du caractère libre du consentement.

Dans le cadre du consentement sexuel, il me semble possible de distinguer deux types d'informations, soit celles relatives aux actes sexuels eux-mêmes et celles ayant trait aux divers éléments contextuels entourant ces actes⁹⁹.

Les informations les plus centrales concernent évidemment la nature des actes eux-mêmes. Or, dans le cas du consentement sexuel, il est plutôt rare qu'on puisse connaître d'avance et dans les moindres détails tous les actes qui seront accomplis pendant une relation sexuelle à laquelle on a consenti. Et même si c'était le cas, on peut penser que la plupart des gens préfèrent avoir des relations sexuelles qui comportent un certain degré de spontanéité, plutôt que des relations où tout est prévu d'avance! Contrairement au consentement médical — qui porte habituellement sur une procédure particulière, préalablement connue et comprise par le sujet, et qui ne vaut que pour celle-ci —, le consentement sexuel semble possible même si le déroulement de la relation comporte un certain nombre d'inconnues. Doit-on considérer qu'il y a une contradiction entre ce constat quant au « caractère vague » du consentement sexuel et l'exigence (telle qu'on la retrouve en bioéthique, en droit, etc.) selon laquelle le consentement doit être précis et particulier?

« [C]onsent must be given [...] knowingly, so that the choice to consent is under the agent's control and they understand what they are consenting to. To know what one is consenting to involves [...] being aware of the implications of one's consent [...] Consent is given for particular actions. Consent is specific; it relates to a particular action; and it should not be assumed that consent can necessarily be extended to other actions or that it holds for actions that normally follow those consented to¹⁰⁰. »

À mon avis, les particularités du consentement sexuel — son « caractère vague », le fait qu'un sujet n'ait pas besoin de posséder toute l'information sur le déroulement

⁹⁹ Cette distinction recoupe d'ailleurs les deux types de « fraude », ou de duperie, dont fait état la littérature. Le premier type de duperie (*fraud in the factum*) consiste en une fausse représentation, par l'agent, de la *nature* de l'acte commis : l'acte posé est foncièrement différent de l'acte pour lequel le sujet consentement a été obtenu. Le second type de duperie (*fraud in the inducement*) implique la présentation, par l'agent, d'informations incomplètes ou erronées quant au *contexte* de l'acte : ces manœuvres visent alors à influencer indûment le sujet, en l'incitant à donner son consentement à l'acte en question. À propos de la distinction entre les deux types de duperie, voir notamment ARCHARD 1998, p. 46-50.

¹⁰⁰ ATHANASSOULIS 2002, p. 144-145.

ultérieur de l'acte sexuel — ne contredisent pas l'exigence plus générale de précision qu'on retrouve dans plusieurs autres domaines. Notons que, de façon générale, le consentement sexuel demeure en tout temps révocable au cours de la relation sexuelle¹⁰¹. C'est précisément pour cette raison qu'on accepte qu'il n'est pas nécessaire de tout préciser à l'avance : si une relation sexuelle prend une tournure qui ne convient pas à un des partenaires, celui-ci peut signifier son désaccord et demander à l'autre partenaire de ne pas poursuivre l'acte en question. De plus, même un sujet qui au moment de son consentement initial connaîtrait l'ensemble des actes sexuels qui seront ultérieurement accomplis conserverait néanmoins son droit de retirer son consentement en cours de route. Le fait que la nature précise de l'acte sexuel ne soit pas toujours connue du sujet au moment où il consent n'implique nullement que ce consentement doive s'appliquer à n'importe quelle action que l'autre partenaire pourrait engager. Le consentement porte effectivement sur des gestes particuliers, qui doivent être connus du sujet. Dans la mesure où le consentement sexuel demeure en tout temps révocable, on peut facilement accepter (et souhaiter!) que tout ne soit pas, d'entrée de jeu, déterminé et connu des partenaires.

L'autre type d'information qui peut être considéré comme pertinent dans le cas du consentement sexuel a plutôt à voir avec le contexte, et en particulier avec certaines caractéristiques propres aux partenaires. Par exemple, l'état matrimonial d'un agent, son orientation sexuelle, son statut sérologique, etc., peuvent être des éléments susceptibles d'influencer le sujet quant à sa décision de consentir ou non à une relation sexuelle avec cet agent. D'autres informations nous apparaîtront

¹⁰¹ Du moins est-ce le cas en des circonstances normales. On peut néanmoins penser à certains cas moins typiques où un sujet consent à une série d'actes sexuels précis, mais qui seront commis ultérieurement alors qu'il sera temporairement inconscient. On parle alors de consentement *ex ante*. Dans de tels cas, on peut penser que la validité du consentement nécessite, d'une part, que le sujet soit pleinement conscient des actes sexuels qui seront ultérieurement posés et, d'autre part, qu'il ait accepté préalablement que ceux-ci soient posés pendant son état d'inconscience. Évidemment, pendant que le sujet est inconscient, il est nécessairement dans l'impossibilité de révoquer son consentement. Quelques cas de ce type sont mentionnés par WERTHEIMER (2003, p. 156). Une cause impliquant ce genre de cas a récemment été entendue devant la Cour Suprême du Canada. Voir LEVITZ 2010.

probablement sans importance, comme le fait de connaître le revenu annuel ou le lieu de naissance de son partenaire. Une difficulté d'ordre pratique consiste à tracer la frontière entre les informations qui sont pertinentes et celles qui ne le sont pas. Cela dit, je ne crois pas qu'il soit nécessaire ici de procéder à cette classification : la question de savoir ce qui compte ou non comme une information pertinente est, de toute façon, hautement subjective : on doit à mon avis tenir compte des préférences des personnes concernées. Par exemple, un homme célibataire avec des principes de fidélité très élevés pourrait refuser de s'engager dans une relation sexuelle avec une femme s'il sait que celle-ci est mariée. On doit respecter le fait que, pour lui, l'état matrimonial de sa partenaire est une information pertinente. À l'inverse, il se pourrait que ce genre d'information soit tout à fait négligeable pour un homme qui recherche principalement des aventures sans lendemain avec des inconnues. La délimitation entre ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas peut varier considérablement d'une personne à l'autre, et on aurait tort de supposer que cette délimitation peut toujours être fixée à l'aide de standards objectifs¹⁰².

La question qui importe est plutôt celle de savoir s'il y a eu duperie quant à la présentation des informations pertinentes. On doit établir une distinction morale entre le fait de ne pas donner une information à son partenaire parce qu'on ne connaît pas soi-même cette information, et le fait de mentir sciemment à un partenaire¹⁰³. Un agent A qui ignore qu'il est séropositif ne peut évidemment pas transmettre une telle information à un éventuel sujet B qui consentirait à avoir une relation sexuelle avec lui. Dans un tel cas, on ne peut pas dire qu'il y a duperie. Par contre, un agent A qui se sait séropositif, et qui prétend qu'il ne l'est pas après que son partenaire sexuel (le

¹⁰² Puisque cette délimitation est subjective, puisqu'elle varie d'une personne à l'autre, on ne peut que souhaiter que chacun des deux partenaires s'enquière activement de ce qui lui importe, plutôt que de supposer passivement qu'il est du devoir de l'autre de lui fournir certaines informations, sans qu'aucune demande ne soit formulée en ce sens. Par exemple, dans le cas de l'homme célibataire aux principes de fidélité très élevés, on peut penser que c'est sa responsabilité de s'enquérir de l'état matrimonial de son éventuelle partenaire.

¹⁰³ On peut également établir une distinction claire entre, d'une part, le fait de ne pas donner une information (tout en la connaissant), parce qu'on ne soupçonne aucunement (et en toute bonne foi) que celle-ci puisse avoir une quelconque valeur (être pertinente) aux yeux de l'autre partenaire et, d'autre part, le fait de mentir sciemment à cette personne.

sujet B) lui ait ouvertement posé la question, est évidemment coupable de duperie. En ce sens, l'agent A agit d'une façon qui permet de remettre en cause le caractère éclairé du consentement du sujet B à la relation sexuelle¹⁰⁴. Évidemment, on doit aussi établir des degrés entre ces deux extrêmes, c'est-à-dire entre d'une part, le fait qu'un agent A ne divulgue pas une information pertinente au sujet B parce qu'il ne la possède pas lui-même (cas d'ignorance), et d'autre part, le fait qu'il mente sciemment au sujet B (cas de duperie). Par exemple, les cas de non-divulgateion d'une information connue par l'agent A, dans un contexte où le sujet B ne pose aucune question, ni ne fait aucun effort pour obtenir cette information, me semblent se situer à mi-chemin entre les deux extrêmes. Dans de tels cas, je crois qu'il faut établir une responsabilité partagée des deux parties, plutôt que de considérer que l'effort de divulgation repose entièrement sur les épaules de l'agent A. C'est une question essentiellement subjective que celle de savoir ce qui est pertinent et ce qui ne l'est pas : c'est précisément pour cette raison que chacun des deux partenaires doit assumer sa part de responsabilité et s'enquérir, lorsque nécessaire, des aspects contextuels qui lui importent et qui pourraient influencer sa décision de consentir ou non.

Troisième critère de validité : la compétence du sujet

Le troisième et dernier critère de validité du consentement est celui de la compétence du sujet. De façon générale, on entend par compétence certaines caractéristiques personnelles propres au sujet : ses aptitudes cognitives, ses états affectifs, son autonomie, sa santé mentale, son âge, son statut juridique, etc. C'est précisément parce qu'on peut la définir à l'aide d'une diversité de caractéristiques que la notion de compétence apparaît hautement complexe. Même dans le domaine biomédical, où les aspects pratiques liés à l'exigence de compétence ont été

¹⁰⁴ Mon exemple suppose évidemment qu'il est question ici d'une relation non protégée, et où la question du statut sérologique est posée explicitement. Dans le cas d'une relation protégée et jugée sans risque, on peut raisonnablement penser que l'agent A n'a pas l'obligation de divulguer son statut sérologique au sujet B si celui-ci ne lui pose pas de question à ce sujet.

largement discutés¹⁰⁵, il semble que les positions se contredisent souvent entre elles : bien qu'il y ait consensus à l'idée que la compétence du sujet soit une condition nécessaire de la validité du consentement, on trouve difficilement, chez les théoriciens, un consensus quant à la définition même de la notion de compétence¹⁰⁶. Ce n'est pas ici mon objectif d'imposer une telle définition. Je me propose plutôt, dans cette section, de donner un aperçu sommaire de la notion de compétence, à l'aide notamment de deux distinctions conceptuelles. Une première distinction me permettra de comparer une définition restreinte et une définition élargie de la notion de compétence, en soulignant que la seconde est préférable à la première, parce qu'elle permet de tenir compte de certains types particuliers d'incompétence. Une seconde distinction mettra en contraste les théories procédurales et les théories substantielles de l'autonomie. À mon avis, seules les théories procédurales peuvent avoir un rôle à jouer au sein d'une conception adéquate de la compétence.

On peut à mon avis distinguer les diverses définitions de la compétence selon leur appartenance à l'une ou l'autre de deux grandes catégories. Une première catégorie, que j'appellerai *restreinte*, propose une lecture de la notion de compétence en des termes essentiellement cognitifs. La notion est alors étroitement liée au critère d'information, vu précédemment. Pour qu'on puisse dire du sujet que son consentement est valide, il ne suffit pas qu'il possède les informations pertinentes à propos de l'activité à laquelle il consent; encore faut-il qu'il les comprenne et qu'il en mesure la portée :

« A traditional way of defining "competence," and the way in which some states have explicitly defined it in either statutory or case law, is in terms of whether a patient can adequately understand and appreciate (U + A) the information given during the consent process. As such, this definition focuses exclusively on intellectual abilities. If a patient does understand and appreciate the information, she is competent¹⁰⁷. »

¹⁰⁵ Voir notamment BEAUCHAMP et FADEN 1986; GERT, CULVER et CLOUSER 1997; BERG et al. 2001.

¹⁰⁶ GERT, CULVER et CLOUSER 1997, p. 131.

¹⁰⁷ *Ibid.*, p. 132. Gert, Culver et Clouser considèrent que cette définition (U + A) occulte une dimension importante de la compétence, soit le caractère rationnel et/ou raisonnable de l'option à laquelle un sujet consent.

Évidemment, nul ne nie l'importance de cette capacité du sujet à comprendre l'information qui lui est transmise. La question est plutôt de savoir si on doit restreindre la compétence à cette seule capacité, ou si d'autres éléments doivent être pris en compte. La seconde catégorie, qu'on nommera *élargie*, regroupe des définitions qui reconnaissent l'indispensabilité de la juste compréhension des informations pertinentes, mais qui ne se limitent pas pour autant à cette composante informationnelle. Par exemple, une définition de la compétence pourrait prendre en compte certaines caractéristiques du sujet qui seraient de nature affective plutôt que cognitive, ou encore qui seraient de nature partiellement cognitive mais qui n'affecteraient pas nécessairement la capacité du sujet à comprendre et mesurer la teneur de l'information qui lui est présentée¹⁰⁸. La phobie, la dépression, la faiblesse de la volonté, la vulnérabilité psychologique, la souffrance physique¹⁰⁹, etc. pourraient alors être considérées comme des conditions susceptibles de compromettre la compétence d'un sujet qui, par ailleurs, afficherait une capacité de compréhension relativement intacte. Ce genre de cas souligne, je crois, la nécessité d'adopter une définition de la compétence qui appartienne à la seconde catégorie plutôt qu'à la première.

Par ailleurs, il convient de rappeler le lien étroit que la notion de compétence entretient avec le concept d'autonomie personnelle¹¹⁰. Si l'autonomie du sujet est un élément nécessaire de sa compétence, encore faut-il préciser à quelle conception de l'autonomie il convient de se référer. On distingue habituellement les théories procédurales, qui soutiennent que « l'autonomie repose entièrement sur l'économie interne des motivations [du sujet] ou sur les processus par lesquels celles-ci ont été formées, indépendamment de leur contenu spécifique¹¹¹ », des théories substantielles

¹⁰⁸ Archard mentionne par exemple la capacité du sujet à prendre une décision, en insistant sur le fait que cette capacité peut et doit être distinguée de la capacité à saisir les informations nécessaires à la prise de décision. Voir ARCHARD 1998, p. 44.

¹⁰⁹ KLEINIG (2010, p. 14) donne l'exemple d'un sujet soumis à la torture, dont on dira que la capacité de consentement est réduite à néant. Évidemment, ce genre de cas pourrait aussi être traité à l'aide du critère de non-coercition (caractère libre du consentement).

¹¹⁰ Voir également note 7.

¹¹¹ JOUAN 2008, p. 19.

qui, pour leur part, fixent des exigences quant au contenu même des préférences du sujet, exigences qui doivent être respectées pour que ce dernier soit jugé autonome. À mon avis, la référence aux théories substantielles de l'autonomie peut poser problème ici, car elle entraîne un raisonnement circulaire. L'autonomie, conçue en termes substantiels, implique que le sujet évite de choisir certains cours d'action, en vertu de leur substance. Par exemple, le fait qu'un sujet choisisse délibérément de pratiquer la prostitution ou le sadomasochisme suffirait à établir qu'il n'est pas complètement autonome, et ce, même s'il affiche une certaine autonomie dans tous les autres aspects de sa vie¹¹². Or, puisque l'autonomie du sujet est un élément nécessaire à sa compétence, et puisque la compétence agit comme un des trois critères de validité du consentement, il s'ensuit qu'un sujet ne peut *jamais* consentir valablement à des activités comme la prostitution ou le sadomasochisme. Évidemment, ce constat n'est peut-être pas problématique aux yeux des défenseurs des théories substantielles de l'autonomie, mais il m'apparaît évident que le raisonnement affiche une pétition de principe, puisque la conclusion du raisonnement est déjà contenue dans ses prémisses. À quoi sert de conclure au caractère immoral d'une activité, sur la base d'une absence de consentement valide de la part des participants, si l'activité est, dès le départ, jugée moralement condamnable en vertu de sa substance même? En ce sens, les théories substantielles de l'autonomie m'apparaissent peu utiles pour éclairer la notion de compétence en tant que critère de validité du consentement, et il me semble plus adéquat de se référer à une conception procédurale de l'autonomie¹¹³.

¹¹² Il va sans dire que le choix de telles activités *peut* refléter un manque d'autonomie, mais il s'agit là d'une question contingente, et non nécessaire. Il faut s'abstenir, je crois, d'affirmer que le choix d'une activité comme la prostitution ou le sadomasochisme dénote *nécessairement* un manque d'autonomie. En outre, quiconque souhaiterait démontrer que la pratique de telles activités est *toujours* le résultat de choix non autonomes, aurait l'obligation de le faire en invoquant des motifs autres que la nature même des activités (par exemple, en examinant le processus motivationnel par lequel l'activité a été choisie, comme le suggèrent les théories procédurales de l'autonomie). Autrement, la proposition afficherait un caractère infalsifiable qui la rendrait problématique.

¹¹³ Je pense plus particulièrement à la théorie de Gary WATSON (1975), qui définit l'autonomie en termes de concordance entre un système motivationnel (désirs, motivations) et un système évaluatif (valeurs).

Rappelons que l'exigence de compétence (comme l'exigence de liberté et l'exigence d'information) vise principalement, malgré une formulation positive¹¹⁴, à identifier certains cas d'incompétence réelle ou probable (handicapés mentaux, enfants et mineurs, individus intoxiqués, personnes souffrant de dépendances ou de pathologies graves, etc.). Comme le rappelle David Archard, cette incompétence peut être permanente ou temporaire :

« [Competence] comprises both an ability to understand the nature of that to which she is consenting and an ability to make a decision in respect of the matter. The lack of such a capacity may be permanent, as would be the case with someone who is seriously mentally ill or disabled. It may be temporary as would be the case with someone gravely affected by drugs or alcohol, or who was suffering from a short-lived psychological disturbance, such as serious depression. A child is judged to lack the capacity of an adult but not to be permanently disabled in that she will acquire capacity with age¹¹⁵. »

Dans certains cas, l'incapacité du sujet à consentir est extrême. Les cas de pédophilie et d'abus sexuels envers des mineurs, par exemple, sont nécessairement immoraux, puisqu'il est tout à fait impossible qu'il y ait un consentement valide de la part de la jeune victime. Ici, le « consentement » est nécessairement incompétent, donc invalide, puisque le sujet n'est nullement en mesure de comprendre ce à quoi il consent :

« [A]busive activities are those which the child involved in them cannot fully comprehend or give informed consent to. And what it is to be a child is to fail, as yet, to fully understand or be able fully to consent to any sexual activity¹¹⁶. »

D'autres types de cas font état d'un niveau d'incompétence moins marqué que dans les cas de pédophilie, mais il pourrait néanmoins s'agir de cas dans lesquels on jugera que l'incompétence du sujet est susceptible d'invalider son consentement. On peut penser aux cas de narcoprostitution, où on peut difficilement affirmer que le consentement est pleinement compétent : une prostituée héroïnomane, dont l'activité est uniquement liée au désir d'assouvir une dépendance dont elle n'arrive pas à

¹¹⁴ Voir note 71.

¹¹⁵ ARCHARD 1998, p. 44.

¹¹⁶ *Ibid.*, p. 118. Voir aussi KLEINIG 2010, p. 13.

s'affranchir, ne démontre pas le même niveau d'autonomie qu'une personne dite normale. L'incompétence n'est peut-être pas aussi extrême que dans les cas où le sujet est tout simplement incapable de réaliser ce à quoi il consent, mais elle malgré tout assez lourde pour qu'on puisse penser que le sujet ne consent pas pleinement à l'activité en question.

Enfin, on rencontre également certains cas où l'incompétence n'est probablement pas de nature à invalider le consentement. Wertheimer relate un exemple où le sujet B choisit volontairement de « puiser son courage dans la bouteille », afin de contrer sa trop grande timidité à l'égard de la sexualité.

« A and B have dated. B is a virgin, and feels frightened of and guilty about sex. Believing that she will never agree to sex if sober, she consumes four drinks in an hour. After some kissing and petting, A says, "Are you sure it's OK?" B holds up her glass, smiles, and says "It is now."¹¹⁷ »

Dans un cas comme celui-là, la compétence du sujet B au moment du consentement est peut-être affectée par la consommation d'alcool, mais le cas nous semble peu problématique sur le plan moral dans la mesure où la décision de consommer de l'alcool a elle-même été prise à un moment où le sujet était pleinement compétent.

Quelques remarques conclusives sur les critères de validité

Tout au long de ce deuxième chapitre, je me suis efforcé de présenter les trois critères standard de la validité du consentement, en indiquant pourquoi certaines définitions me semblaient plus adéquates que d'autres. C'est en ce sens que j'ai insisté, dans le cas du caractère libre du consentement, sur la pertinence d'adopter une définition de la coercition qui ne soit pas limitée aux seuls cas de menace. J'ai

¹¹⁷ WERTHEIMER 2003, p. 156. En plus de cet exemple (*dutch courage*), Wertheimer imagine aussi une situation (*rohypnol conception*) où une femme (le sujet B) souhaite avoir une relation sexuelle avec son meilleur ami (l'agent A) mais à des fins purement procréatives. Toutefois, l'idée d'avoir une relation sexuelle avec son meilleur ami la laisse perplexe et elle préférerait ne pas être consciente au moment de l'acte. Elle propose donc que la relation ait lieu pendant qu'elle sera sous l'effet de forts sédatifs. Il s'agit ici d'un consentement *ex ante*. Le sujet est compétent au moment de consentir, mais ne l'est pas au moment où l'acte se produit (à ce sujet, voir également la note 101).

également souligné, relativement au deuxième critère (consentement éclairé), que la question de ce qui doit compter comme une information pertinente comporte une certaine part de subjectivité. En ce qui a trait à la compétence du sujet, je crois d'une part qu'il faut s'abstenir de la considérer uniquement sous l'angle de la compréhension de l'information, et d'autre part, qu'on doit refuser d'assimiler la notion de compétence à une conception trop substantielle de l'autonomie, car celle-ci risque d'engendrer une pétition de principe.

Toutefois, indépendamment des définitions que j'ai préconisées, il est un point plus général que j'espère avoir clarifié : chacun des critères de validité peut être modulé selon un certain nombre de paramètres qui lui sont propres. Bien entendu, il n'est pas question ici de faire preuve de relativisme ni d'affirmer que toutes les définitions concurrentes d'un même critère sont équivalentes sur le plan normatif. Par contre, dans la mesure où plusieurs définitions sont possibles pour chacun des critères (selon la façon dont on module ses paramètres internes), on peut raisonnablement penser que la position libérale en éthique de la sexualité¹¹⁸ n'est pas fatalement vouée à définir ces critères de manière latitudinaire. Autrement dit, elle ne correspond peut-être pas à l'image que certains de ses adversaires s'en font.

¹¹⁸ C'est-à-dire la position qui affirme, comme on le verra au cours du chapitre suivant, que le consentement *valide* des partenaires est une condition nécessaire et suffisante de la permissibilité morale des actes sexuels.

Troisième chapitre : La fonction du consentement et la théorie de Belliotti

Dans ce troisième chapitre, je me propose de présenter brièvement quelques théories, en soulignant la fonction qu'y joue le consentement. Je m'attarderai plus précisément à deux théories : d'une part, la position libérale, qui constitue à mon avis la théorie la plus adéquate; et d'autre part, la théorie développée par Raymond Belliotti, théorie qui vise précisément à corriger certains problèmes qu'elle attribue à la position libérale. Plutôt que de procéder à la critique des théories foncièrement opposées au libéralisme moral (celles inspirées de dogmes religieux par exemple), il m'a semblé plus judicieux de porter mon attention sur une théorie comme celle de Belliotti, dont les objections à l'endroit de la position libérale me semblent dignes d'être prises en considération. Je tenterai toutefois de mettre en lumière les problèmes que présente cette théorie, et je conclurai en affirmant que les efforts que Belliotti déploie pour améliorer la position libérale sont soit inutiles, soit critiquables.

Trois structures possibles quant à la fonction du consentement

On retrouve en éthique de la sexualité une grande diversité de propositions quant au rôle que le consentement est censé jouer dans la permissibilité morale des actes et comportements sexuels. D'emblée, trois structures doivent être prises en considération : certaines théories affirment que le consentement est nécessaire et suffisant à la permissibilité morale des actes sexuels; d'autres admettent sa nécessité sans toutefois reconnaître sa suffisance; et enfin — chose plus rare — certaines ne reconnaissent pas même la nécessité du consentement. Je vais tenter, dans les prochaines sections, de donner un bref aperçu des théories qui correspondent à chacune de ces trois structures.

Première structure : la position libérale

La première structure correspond aux théories qu'on a l'habitude de qualifier de « libérales » en éthique de la sexualité. Celles-ci avancent à la fois la thèse de la

nécessité du consentement pour la permissibilité morale en matière de sexualité, et celle de sa suffisance. D'une part, la thèse de la nécessité consiste à dire que tout comportement sexuel auquel un (ou plusieurs) des partenaires concernés n'a pas validement consenti doit être considéré comme un comportement moralement impermissible. D'autre part, la thèse de la suffisance consiste à dire que si les partenaires dans l'acte sexuel sont consentants, en vertu d'un consentement valide, l'acte doit être jugé moralement permisible; par conséquent, il n'est nullement requis, pour pouvoir poser un tel jugement, de vérifier la présence de quelque autre élément. Selon David Archard, cette conjonction des thèses de la nécessité et de la suffisance du consentement reflète un point de vue assez commun, et ce, bien qu'il ne soit pas admis par tous (même au sein des sociétés libérales).

« [A] common view [...] is that consent makes a difference to whether some sexual activity is seen as immoral or not. Indeed, it will be said to make *all* the difference between the permissibility and the impermissibility of some practice or activity. On the one hand, a sexual practice which is not consented to is immoral. Rape, for instance, is wrong, and it will always be wrong, because the victim of rape does not consent to the sexual advances of her assailant. On the other hand, a sexual practice which is consented to is permissible. Whatever people do sexually as 'consenting adults' should be allowed, even if the rest of us find a particular practice disgusting or shocking. An example [...] is that of consensual adult sado-masochism¹¹⁹. »

Cette position fait écho à certaines notions présentes au sein de grands courants philosophiques, notamment le libéralisme millien, le libertarisme et, à certains égards, le kantisme.

Ainsi, pour John Stuart Mill, il est illégitime que l'État intervienne pour empêcher la tenue de certaines activités, si celles-ci sont confinées à la sphère privée, si elles n'affectent que des personnes y prenant part de façon consentante, et si elles ne nuisent à aucun tiers parti¹²⁰. D'ailleurs, bien que Mill s'intéresse principalement à la question de l'intervention étatique dans les affaires privées, on aurait tort de penser que sa position concerne uniquement l'exercice du pouvoir en termes purement politiques ou légaux. En effet, elle pose également l'épineuse question du type de

¹¹⁹ ARCHARD 1998, p. 1. L'italique est de moi.

¹²⁰ MILL 1990.

jugement moral qu'on peut, *légitimement*, porter sur les activités privées de ses semblables. Mill n'exclut pas que l'on puisse porter un « jugement défavorable » à l'égard d'une personne dont on n'approuve pas les activités, les intérêts, ou les desseins, y compris lorsque ceux-ci ne concernent que la personne elle-même, mais de telles activités ne méritent pas la condamnation morale pour autant.

« [Les] vices moraux [...] témoignent d'une moralité défaillante et odieuse, à la différence des défauts personnels [...] qui ne sont pas à proprement parler de l'immoralité [...], quel qu'en soit l'excès. Ces vices peuvent être une marque de bêtise, de manque de dignité personnelle et de respect de soi, mais ils ne deviennent des sujets de réprobation morale que lorsqu'ils entraînent le mépris des devoirs envers les autres¹²¹. »

Ainsi, les « vices » auxquels les individus s'adonnent en privé, dans le respect du principe de non-nuisance à autrui, n'auraient pas à proprement parler de teneur morale, si tant est qu'on accorde au terme « moral » une définition qui se limite au vivre-ensemble¹²².

Par ailleurs, la position libérale emprunte aux thèses libertariennes le principe de pleine propriété de soi-même¹²³. Ce principe affirme la liberté avec laquelle une personne peut gouverner son propre corps et en user comme bon lui semble, mais également le corollaire qui en découle, soit le fait que les autres ont *a priori* une obligation de ne pas contrôler le corps de cette personne. Le libertarisme avance aussi l'idée selon laquelle les droits que l'on possède sur soi-même peuvent être transférés à autrui, et c'est précisément le rôle du consentement que de conférer cette permission :

¹²¹ *Ibid.*, p. 182.

¹²² On notera au passage que cette thèse est également centrale dans l'éthique minimale de Ruwen Ogien. Voir OGIEN 2007b.

¹²³ Il faut noter que ce ne sont pas toutes les positions libérales en éthique de la sexualité qui s'appuient sur ce principe de pleine propriété de soi-même. Comme le signale Ruwen Ogien, certaines positions préfèrent recourir à un principe semblable, mais moins permissif, soit celui de libre disposition de soi (OGIEN 2010, p. 12-13). Quant à lui, Ogien propose une défense de certaines activités liées à l'utilisation du corps (comme la prostitution, la gestation pour autrui, etc.), non pas sur la base de l'un ou l'autre de ces deux principes, mais plutôt sur la base d'une analyse comparative entre la version gratuite et la version payante d'une telle utilisation.

« Full ownership of an entity consists of a full set of the following ownership rights: (1) *control rights* over the use of the entity: both a liberty-right to use it and a claim-right that others not use it, (2) *rights to compensation* if someone uses the entity without one's permission, (3) *enforcement rights* (e.g., rights of prior restraint if someone is about to violate these rights), (4) *rights to transfer* these rights to others (by sale, rental, gift, or loan), and (5) *immunities to the non-consensual loss* of these rights. Full ownership is simply a *logically strongest* set of ownership rights over a thing. [...] At the core of full self-ownership, then, is *full control self-ownership*, the full right to control the use of one's person. Something like control self-ownership is arguably needed to recognize the fact there are some things (e.g., various forms of physical contact) that may not be done to a person without her consent, but which may be done with that consent¹²⁴. »

On peut aussi penser que la position libérale tire certaines de ses origines du côté du kantisme, même si la position de Kant en éthique de la sexualité est loin d'être libérale¹²⁵. Cela dit, la valeur que Kant accorde à l'autonomie est manifeste, notamment dans la seconde formulation de l'impératif catégorique, qui exige qu'on respecte les fins d'autrui et qu'on évite de traiter son semblable (ainsi que soi-même) uniquement comme un moyen de parvenir à ses propres fins.

Enfin, on doit garder en tête que la thèse de la suffisance du consentement demeure en tout temps articulée au principe de non-nuisance, lui-même un pilier central du libéralisme. Certes, le consentement des partenaires est suffisant à établir la permissibilité morale des actes sexuels, mais seulement dans la mesure où il n'y a pas de torts commis à l'égard de tiers partis (à moins évidemment que ceux-ci soient également consentants). Un acte, même pleinement consenti par les partenaires concernés, demeurera moralement problématique s'il cause un tort à autrui.

Deuxième structure : conservatisme, romantisme, féminisme radical, marxisme, etc.

Pour sa part, la deuxième structure reconnaît la nécessité du consentement, mais considère toutefois qu'il ne s'agit pas là d'une condition suffisante pour qu'on

¹²⁴ VALLENTYNE 2010.

¹²⁵ Pour une discussion plus approfondie des difficultés liées à une éthique kantienne de la sexualité, voir SOBLE 2008. L'opposition entre la valeur du consentement et le principe de non-instrumentalisation est particulièrement flagrante dans le cas de la réification sexuelle consentie. À ce sujet, voir NUSSBAUM 1995 et MAPPES 2008.

puisse parler de permissibilité morale : d'autres conditions nécessaires sont requises pour assurer une telle permissibilité. On regroupera donc pêle-mêle, au sein de cette seconde structure, l'ensemble des positions éthiques qui, en plus d'admettre la nécessité du consentement, exigeront que soient satisfaits un ou plusieurs critères additionnels. Bien sûr, ces positions sont nombreuses, diversifiées et ne forment certainement pas un ensemble homogène, dans la mesure où leur seul point commun consiste à contester la suffisance du consentement. On peut penser que ces théories se distingueront les unes des autres en vertu des critères particuliers dont elles choisiront de souligner l'importance. C'est ainsi qu'en suivant la proposition d'Igor Primoratz¹²⁶, on peut concevoir, au sein même de cette deuxième structure, trois grandes sous-catégories, grâce auxquelles on peut classer les différentes théories en fonction du type de critère qu'elles invoquent.

En premier lieu, certaines théories considèrent qu'une sexualité moralement acceptable doit, en plus d'être consentie, avoir lieu dans le cadre d'un mariage hétérosexuel et monogame, et avoir pour objectif principal la procréation et la stabilité de la cellule familiale, elle-même considérée comme une condition essentielle à l'éducation des enfants. Ces théories hautement conservatrices sont le plus souvent inspirées de préceptes religieux catholiques, mais on peut aussi trouver parmi cette première sous-catégorie certaines théories plus séculières qui, sans prescrire le mariage ni la monogamie, n'en insistent pas moins sur la procréation en tant que fonction « normale », voire unique, de l'activité sexuelle humaine : les actes et comportements sexuels qui ne cadrent pas avec cette finalité sont alors jugés impermissibles sur le plan moral, même lorsqu'il y a consentement valide des partenaires¹²⁷.

¹²⁶ PRIMORATZ 2001.

¹²⁷ Je ne procéderai pas ici à la critique de ces théories, dans la mesure où cela n'est pas l'objet central de mes recherches. Mentionnons toutefois que Graham Priest offre une discussion approfondie et une critique virulente des différentes théories qui misent sur l'existence d'une finalité procréative en matière de moralité sexuelle : sa critique vise à la fois les théories d'inspiration religieuse et celles qui souscrivent à un « réductionnisme fonctionnaliste » basé sur des considérations pseudo-évolutionnistes ou sociobiologiques. Voir PRIEST 1997.

La deuxième sous-catégorie évoquée par Primoratz regroupe les théories qui insistent sur la nécessité que les partenaires éprouvent certaines émotions ou dispositions particulières l'un envers l'autre. Il peut s'agir, par exemple, de l'exigence romantique selon laquelle la sexualité doit, pour être moralement acceptable, s'accompagner de sentiments amoureux chez les deux partenaires. On doit aussi ranger dans cette sous-catégorie les théories qui insistent sur certaines caractéristiques propres à l'intentionnalité du désir, comme celles de Thomas Nagel¹²⁸ ou de Roger Scruton¹²⁹, ainsi que celles qui font intervenir des devoirs envers soi-même, comme c'est le cas de la théorie perfectionniste de Jerrold Levinson¹³⁰.

¹²⁸ La théorie de Thomas Nagel met de l'avant la notion d'*intentionnalité récursive*, qui propose de concevoir le désir en « niveaux d'intentionnalité ». Ainsi, en plus d'exiger que le désir sexuel des partenaires soit réciproque, la théorie requiert la présence de plusieurs niveaux d'intentionnalité du désir : au premier niveau, le désir de Roméo est dirigé vers Juliette (et réciproquement); au deuxième niveau, le désir de Roméo est dirigé vers le désir de Juliette envers lui-même (et réciproquement); au troisième niveau, le désir de Roméo est dirigé vers le désir que Juliette éprouve à l'égard du fait que Roméo la désire (et réciproquement); et ainsi de suite. Non seulement la théorie de Nagel prête le flanc à l'objection d'une possible régression à l'infini, mais on peut également lui reprocher d'être excessivement exigeante sur le plan de la moralité sexuelle, et la plupart des relations que nous jugeons moralement permmissibles sur une base intuitive ne cadrent pas avec cette exigence d'intentionnalité récursive. Toutefois, si on voulait faire une lecture moins sévère de la théorie de Nagel, on pourrait mentionner qu'au-delà des objections mentionnées, le véritable sens de la théorie consiste à proposer une conception « pleinement humaine » de la sexualité, dans laquelle le désir de chaque partenaire ne porte pas uniquement sur l'autre, mais également sur le désir de l'autre. Autrement dit, le désir de Roméo porte non seulement sur Juliette comme *objet de désir*, mais également sur Juliette comme *sujet désirant*. Voir NAGEL 1969.

¹²⁹ Pour Roger Scruton, le désir sexuel doit, pour être moralement admissible, porter sur une autre *personne*, prise dans toute son humanité, son individualité propre et particulière, plutôt que dans sa seule corporalité. C'est à ce titre qu'il condamne, en bloc, toutes les activités sexuelles qui n'impliquent pas une autre personne (masturbation, fétichisme, nécrophilie, zoophilie, etc.) ainsi que celles qui impliquent une autre personne mais qui tendent à reconnaître uniquement la dimension sexuelle de celle-ci, comme la prostitution, la pornographie, la réification sexuelle (*objectification*), le sexe anonyme ou entre inconnus, le sexe libre ou sans attache (*casual sex*), etc. De plus, Scruton insiste sur le fait qu'une sexualité optimale doit faire appel à un certain degré d'altérité ou de différence entre les partenaires : c'est, selon lui, ce qui rend l'hétérosexualité moralement supérieure à l'homosexualité, dans la mesure où les partenaires homosexuels ne présentent pas un degré assez élevé d'altérité sur le plan anatomique. On pourrait s'attendre à ce que, par souci de cohérence, la théorie de Scruton affiche également une préférence marquée envers d'autres types de relations où le degré d'altérité est élevé (relations dites « interraciales », relations impliquant une grande différence d'âge, de culture ou de condition socioéconomique entre les partenaires, etc.) mais il n'en est rien. Bizarrement, l'exigence d'altérité de Scruton semble

Enfin, on retrouve parmi les théories de la deuxième structure une troisième sous-catégorie, qui regroupe principalement les positions issues du féminisme radical¹³¹. Pour juger de la permissibilité morale des comportements sexuels, ces théories exigent généralement que l'on prenne en considération, en plus du consentement, certains éléments comme l'égalité de genre et l'absence d'exploitation sexuelle des femmes par les hommes. Ces théories avancent notamment l'idée selon laquelle on doit mettre en doute le caractère moralement permissible des actes sexuels, même consentis, lorsque les partenaires sexuels appartiennent à des classes socioéconomiques foncièrement différentes, comme c'est le cas dans la plupart des rapports hétérosexuels, puisque les femmes, de façon générale, doivent affronter des défis socioéconomiques particuliers auxquels leurs partenaires masculins ne sont généralement pas soumis. Cette exigence égalitaire forme donc le critère distinctif de cette sous-catégorie. Notons au passage que Primoratz, dans sa taxinomie, semble traiter uniquement des contributions féministes radicales. Même s'il est vrai que les positions féministes et les débats liés à la question de l'inégalité de genre ont su fournir des exemples paradigmatiques de domination et d'exploitation sexuelle, il serait plus approprié d'élargir le périmètre de cet ensemble de façon à y inclure aussi d'autres inégalités socioéconomiques : ainsi, il apparaît judicieux d'inclure dans cet ensemble des théories d'inspiration marxiste qui ne sont pas forcément féministes, mais qui misent elles aussi sur une exigence de non-exploitation et sur une certaine égalité entre les partenaires sexuels, quel que soit leur sexe. La position de Raymond Belliotti, que je traiterai un peu plus loin, appartient précisément à cette catégorie.

faire une différence morale seulement dans la comparaison homosexualité/hétérosexualité. Voir SCRUTON 1986.

¹³⁰ Jerrold LEVINSON (2003), même s'il critique Scruton à certains égards, propose une approche perfectionniste qui, au final, reprend plusieurs éléments centraux de la théorie de Scruton, dont la notion d'altérité. Par ailleurs, à l'opposé d'une éthique minimale, la théorie de Levinson fait intervenir certains devoirs moraux que le sujet aurait envers lui-même, comme celui de son propre « épanouissement » (*flourishing*), que seule une certaine forme de sexualité est susceptible de favoriser. Les formes de sexualité qui s'éloignent considérablement de cette sexualité optimale sont alors qualifiées de perverses.

¹³¹ Voir, par exemple, Martha CHAMALLAS (1987/1988), Catharine MACKINNON (1982; 1983) et Carole PATEMAN (1983; 1999).

Troisième structure : quelques considérations conséquentialistes

Pour faire une brève récapitulation, la première structure, qualifiée de libérale, affirme la nécessité et la suffisance du consentement pour la permissibilité morale des comportements sexuels. La deuxième reconnaît la nécessité du consentement tout en exigeant d'autres conditions nécessaires, soit (1) l'importance de la procréation et de la structure familiale traditionnelle, que ce soit pour des motifs religieux ou en vertu d'un réductionnisme fonctionnaliste; soit (2) la présence de sentiments romantiques ou d'un certain type d'intentionnalité du désir; soit (3) l'exigence marxiste/féministe d'égalité et de non-exploitation. Qu'en est-il de la troisième structure, c'est-à-dire celle qui ne reconnaît pas même la nécessité du consentement pour la permissibilité morale des actes sexuels? Évidemment, il s'agit d'une position hautement controversée puisqu'elle semble ne donner aucune importance au consentement. Toutefois, il faut mentionner qu'elle n'a pas été substantiellement défendue dans la littérature sur l'éthique de la sexualité. En fait, cette position minoritaire semble surtout jouer le rôle d'avocat du diable, en ce sens qu'elle fournit des objections potentielles aux positions les plus communément admises. Rappelons que les positions évoquées précédemment reconnaissent toutes, à divers degrés, l'importance du consentement en éthique de la sexualité; or les objections à la nécessité du consentement dont il est question ici sont surtout le résultat d'expériences de pensées particulières, dans lesquelles la violation de l'autonomie d'autrui semble moralement souhaitable, en termes radicalement conséquentialistes, parce qu'elle constitue le moyen permettant d'éviter une fin plus horrible encore. Sans défendre lui-même une telle position, Raymond Belliotti en résume la teneur :

« [Some] might argue that *making informed agreement a necessary condition for moral sex is still too strong*. They would conjure hypothetical cases where the consequences of failing to initiate nonconsensual sex were so disastrous that truculent adherence to informed consent as a necessary condition for moral sex seemed irrational. For example, suppose that only by raping someone could ten other people's lives be saved. Is it morally wrong under such circumstances to rape? [...] Are there not times when the

consequences of nonconsensual sex invalidate an absolutist rendering of the libertarian agreement principle? Are there not times when the ends do justify the means¹³²? »

Bien que ce ne soit pas ici mon objectif de critiquer et encore moins de défendre cette position conséquentialiste radicale, il me semble tout de même pertinent de proposer l'hypothèse selon laquelle l'autonomie et le consentement possèdent, même au sein d'une telle position, une valeur *prima facie*¹³³. La négation de la nécessité du consentement survient dans certains contextes, c'est-à-dire lorsque cette valeur *prima facie* se voit « défaire » par d'autres considérations. Pour le dire autrement, le fait de concevoir le consentement comme non nécessaire à la permissibilité morale des actes sexuels dans les expériences de pensée conséquentialistes représente à mon avis le résultat d'un jugement global, tout bien considéré (*all-things-considered*), ce qui n'empêche en rien que l'on reconnaisse la nécessité du consentement en tant que jugement *prima facie*. Ainsi, on peut aisément reconnaître qu'en dehors de ces expériences de pensée radicales, le consentement doit être jugé, de prime abord, nécessaire à la permissibilité morale des actes sexuels.

La théorie de Raymond Belliotti : une moralité sexuelle en cinq axes

Dans la mesure où elle adhère à la thèse de la nécessité, mais non à celle de la suffisance, la théorie morale proposée par Raymond Belliotti doit être considérée comme faisant partie de la seconde structure. Plus précisément, elle appartient à cette sous-catégorie qui regroupe les théories inspirées du féminisme radical et du marxisme. Bien qu'elle ne soit pas libérale à proprement parler, la théorie de Belliotti s'inscrit malgré tout au sein du paradigme libéral, au sens où son objectif premier n'est pas de réfuter la position libérale dans son ensemble, mais bien d'en corriger certains excès, notamment à l'aide de considérations empruntées au féminisme et au marxisme¹³⁴. C'est dans cet esprit que Belliotti évoque, par exemple, une condition qui vise à condamner moralement les cas d'exploitation sexuelle. Dans cette section,

¹³² BELLIOTTI 1993, p. 196-197.

¹³³ Au sens d'une valeur *pro tanto*.

¹³⁴ BELLIOTTI 1993, p 226.

je présenterai les grandes lignes de cette théorie, en formulant au passage certains commentaires critiques à son endroit. Toutefois, je réserverai l'essentiel de ma critique pour les sections suivantes.

La théorie de Belliotti se présente en cinq axes, chaque axe faisant état d'exigences particulières qui doivent *toutes* être satisfaites pour que les actes et comportements sexuels puissent être jugés moralement permmissibles. Outre la reconnaissance de la nécessité du consentement, qui constitue le premier axe, Belliotti souligne le caractère essentiel du respect des considérations morales générales, du respect de l'exigence de non-exploitation, de la prise en compte des effets sur les tiers partis, et de la prise en compte de conséquences sociales plus larges.

Le premier axe consiste donc à accepter certains éléments clés de la position libérale. La liberté du sujet, son autonomie, et sa capacité à faire des choix éclairés convergent en toute logique vers la notion de consentement, dont il convient de réitérer la nécessité. Il n'est donc pas question d'admettre comme moralement permmissible un acte qui n'aurait pas fait l'objet du consentement valide de tous les participants concernés. Toutefois, même s'il endosse la thèse de sa nécessité, Belliotti considère que le consentement ne peut, à lui seul, valider la permmissibilité morale des actes sexuels :

« The most glaring weakness of this position is that it ignores numerous moral distortions that occur in the realm of contract : radically unequal bargaining power, prominent differences in psychological vulnerability, the oppression of destitute circumstances, or the treatment of important attributes constitutive of human personality as if they were mere commodities subject to barter. Such distortions call into question whether a particular contract is truly morally permmissible¹³⁵. »

Belliotti entend rejeter la thèse de la suffisance du consentement au motif que les modèles contractualistes dont le libertarisme fait la promotion occultent certains éléments d'ordre empirique, pouvant influencer sur la « négociation » d'un contrat, et dont il conviendrait de tenir compte dans une évaluation morale des comportements

¹³⁵ *Ibid.*, p. 196.

sexuels. Par ailleurs, Belliotti croit que la position libérale n'est pas suffisamment bien armée pour condamner moralement les pratiques sexuelles où un individu se voit réduit à l'état d'objet ou de marchandise. Les quatre autres axes de la théorie de Belliotti se donnent précisément pour mission de souligner ces considérations afin d'établir de nouvelles conditions nécessaires à la permissibilité morale des actes sexuels.

Le deuxième axe de la théorie de Belliotti insiste sur la question des considérations morales plus générales, et l'implication que de telles considérations pourraient avoir sur la permissibilité des comportements sexuels. Ainsi, on admet généralement la valeur morale de certains principes généraux, qui pourraient s'appliquer à tous les domaines, y compris à celui de la sexualité. Belliotti mentionne par exemple le fait que l'on doit tenir ses promesses, respecter ses engagements, ne pas mentir, ne pas voler, réparer les torts qu'on a commis, etc. De ces principes généraux découlent un certain nombre d'obligations spéciales. Par exemple, à partir du principe général qui consiste à ne pas mentir ou à tenir ses promesses, on peut dériver une obligation spéciale de fidélité conjugale. Belliotti croit que la valeur que l'on attribue à ce type d'obligations permet de remettre en question l'idée selon laquelle le consentement est la seule chose dont on doit tenir compte. Pour illustrer la chose, on peut prendre l'exemple de l'adultère : un homme et une femme ont des relations sexuelles ensemble, mais chacun est marié à une autre personne. Les amants sont tous deux pleinement consentants, et leur consentement est jugé valide. Si on s'en tient strictement à la position libérale, leurs relations sexuelles devraient être jugées comme moralement permises. Or, en supposant que les amants aient tous deux une obligation de fidélité conjugale envers leur conjoint respectif, on devrait juger que leur relation adultère est moralement impermissible, et ce, malgré le fait qu'elle soit consentie. Il faudrait donc en conclure, comme le suggère Belliotti, que le consentement des partenaires est insuffisant pour établir la permissibilité morale d'un acte sexuel. C'est en ces termes que Belliotti justifie le deuxième axe de sa théorie,

qui permet de tenir compte du respect des autres obligations que possèdent ces individus, et non uniquement de leur consentement.

À mon avis, l'objection que Belliotti adresse à l'égard de la position libérale est loin d'être décisive. On peut en effet penser que Belliotti façonne ici un homme de paille. La permissibilité morale des actes sexuels, telle que définie par la thèse de la suffisance, ne peut évidemment pas occulter le fait que d'autres considérations morales doivent, dans une situation donnée, être prises en compte. Cette question ne fait l'objet d'aucune controverse, puisque nul ne prétend que la thèse de la suffisance permet aux sujets consentants d'échapper aux autres obligations spéciales qu'ils pourraient posséder. Ce que la position libérale propose, c'est plutôt de dire qu'*en l'absence d'obligations spéciales*, le consentement valide des partenaires est effectivement suffisant pour établir la permissibilité morale des actes sexuels. Certes, la position libérale proclame la suffisance du consentement, mais elle le fait toujours avec l'adjonction d'une clause *ceteris paribus*¹³⁶.

Le troisième axe met de l'avant une exigence de non-exploitation, c'est-à-dire une condition qui rend impermissible tout acte dans lequel un premier individu tire profit de certains traits de caractère d'un second individu, ou de certaines circonstances qui l'affligent¹³⁷. Belliotti centre son analyse du concept d'exploitation autour de la notion de profit, sans toutefois concevoir cette notion en termes strictement économiques : en fait, la notion de profit pourrait ici inclure des avantages autres que pécuniaires, par exemple la satisfaction de certains désirs ou l'atteinte de certains buts :

« At the heart of exploitation is the profit extracted by E [exploiter] from E's use of V [victim] [...] E's profit is procured at V's expense : V either suffers an overall setback of V's interests, or no gain, or a disproportionately meager gain. All this yields the flavor of exploitation as one person "using another as mere means" for her own

¹³⁶ SOBLE 2008, p. 268-269.

¹³⁷ BELLIOTTI 1993, p. 201-202. Belliotti considère ici la question de l'exploitation interpersonnelle, donc l'exploitation d'une ou plusieurs personnes par une ou plusieurs autres. Pour simplifier l'analyse, on parlera de l'exploitation d'une personne par une autre, mais on doit garder en tête que cette analyse pourrait tout aussi bien s'appliquer à des groupes de personnes.

ends. The images here are those being regarded as less than V is : not as an equal subject of experience, but as a mere instrument for the advance of E's purposes and profits¹³⁸. »

Par ailleurs, Belliotti reconnaît qu'il existe trois types d'exploitation, qu'il convient de distinguer entre eux en fonction de leur *degré de coercition* : l'exploitation coercitive, l'exploitation légèrement coercitive, et l'exploitation non coercitive¹³⁹. Évidemment, une analyse de la valeur morale du premier type d'exploitation offre peu d'intérêt, puisque les cas où un agent A exploite un sujet B de façon coercitive sont déjà couverts par une définition du consentement valide : soit le sujet ne consent nullement à l'exploitation dont il est l'objet, soit il y consent, mais de façon invalide, puisque son consentement est obtenu à l'aide de moyens coercitifs. L'exigence de non-exploitation, telle qu'énoncée par le troisième axe de la théorie de Belliotti, se révèle plus particulièrement utile pour couvrir les cas appartenant aux deux autres types d'exploitation (légèrement coercitive ou non coercitive). Ainsi, même en présence d'un consentement valide des parties et sans coercition explicite, l'exploitation sexuelle d'un sujet B par un agent A rend l'acte sexuel moralement impermissible. C'est évidemment ce troisième axe qui, plus que tout autre, semble s'opposer de façon radicale à la position libérale. Avant de procéder à une critique plus élaborée de l'argumentaire que déploie Belliotti pour justifier le recours à l'exigence de non-exploitation, il convient de présenter, très brièvement, les deux derniers axes de sa théorie. Je réserve ma critique du troisième axe aux prochaines sections de ce chapitre.

Avec le quatrième axe de sa théorie, Belliotti rappelle que certains comportements sexuels, librement et valablement consentis, peuvent néanmoins engendrer des conséquences néfastes sur de tiers partis :

« [T]hird party effects become an important tier of analysis for sexual ethics. We are concerned here mainly with the reasonably foreseeable and actual consequences of the sexual acts in question on the immediate circle of people affected by the acts [...] Specifically, [this

¹³⁸ *Ibid.*, p. 202.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 202. Il va sans dire que les frontières entre les trois types d'exploitation sont loin d'être précises, particulièrement entre le premier et le deuxième type.

tier] asks the following questions : Have these third parties been unjustifiably harmed? Has the sexual conduct at issue rendered wrongful offense^{140?} »

Bien que les considérations qu'amène Belliotti soient certainement pertinentes, il convient de formuler à leur égard la même réplique que celle mentionnée précédemment, au sujet du respect des considérations morales générales (dont fait état le deuxième axe de la théorie). La position libérale s'accompagne d'une clause *ceteris paribus* qui fait en sorte que la permissibilité morale des actes sexuels est effectivement garantie par la présence du consentement valide des partenaires, mais à la condition toutefois qu'on ne soit pas en présence d'autres obligations ou principes moraux préalablement reconnus comme valides, comme le principe libéral de non-nuisance (*harm principle*). Le principe d'offense pourrait aisément être soumis à la même analyse¹⁴¹. On notera d'ailleurs que le principe de non-nuisance et la thèse de la suffisance du consentement ont comme origine commune un souci à l'égard du respect de l'autonomie personnelle. Les deux notions sont étroitement liées, et il serait à tout le moins contre-intuitif d'avancer que le principe de non-nuisance est susceptible de remettre en question la position libérale, alors qu'il en est, au contraire, un des piliers les plus solides.

Le cinquième et dernier axe de la théorie de Belliotti se penche sur la question des conséquences sociales de certaines pratiques sexuelles. Ces conséquences sont considérées ici en un sens plus large, voire plus diffus, que celui mis de l'avant

¹⁴⁰ *Ibid.*, p. 206-208.

¹⁴¹ Rappelons que le principe d'offense, développé entre autres par Feinberg, permet d'aller plus loin que le simple principe de non-nuisance, dans la mesure où certains actes qui ne causent pas de tort à autrui pourraient néanmoins être moralement ou légalement problématiques, *dans certains cas*, s'ils constituent une offense à autrui. Il convient toutefois de rappeler qu'une offense associée à un acte φ doit être nuancée, voire minorée, si la liberté de l'auteur de l'acte φ se trouve lésée de façon injustifiée par l'interdiction de φ , sous prétexte de son caractère offensant. Pour illustrer ce point, on peut prendre l'exemple d'un couple homosexuel marchant main dans la main dans un lieu public : l'offense que certains pourraient ressentir à la vue d'un tel comportement ne fait pas le poids face à la liberté d'action à laquelle ont droit les deux principaux intéressés. En d'autres termes, certains actes, bien qu'ils puissent constituer une offense aux yeux de certains tiers partis (particulièrement susceptibles, d'ailleurs), doivent demeurer moralement et légalement permisibles, car leur interdiction serait un outrage à la liberté plus grave que la prétendue offense engendrée par leur permission. Voir FEINBERG 1985; ACRHARD 2003, p. 72-73.

précédemment par la question des offenses et torts commis à l'égard de tiers partis. Il est surtout question ici de considérer comment certains actes sexuels, lorsqu'ils sont pratiqués, peuvent renforcer des rôles sociaux oppressifs ou inégalitaires, notamment à l'égard de classes particulières. Le fait de considérer comme impermissibles les actes sexuels renforçant ou s'inspirant de modèles sociaux injustes s'apparente, le plus souvent, aux positions défendues par les auteurs marxistes ou féministes :

« Numerous feminists insist that the depiction of women in books and movies as sexual playthings and sexually submissive entertainers of men demeans women generally. Regardless of the fully informed consent of those women who participate in such ventures, feminists claim that all women share the attributes at issue and thus women generally are degraded by the demeaning portrayals of the consenting models. [...] Marxists could make a parallel claim that particular occasions of bourgeois heterosexuality necessarily reflect and reinforce the socially incapacitating imperatives of capitalism. As such, both perspectives could argue that conventionally accepted sex within a corrupt social setting is necessarily wrong because of its subsidizing effects¹⁴². »

Belliotti reconnaît qu'il faut éviter de caractériser *tous* les actes sexuels comme moralement impermissibles simplement parce qu'ils se produisent à l'intérieur d'une société où l'égalité (de classe, de sexe, de genre, de race, etc.) n'est pas encore une chose acquise¹⁴³. Toutefois, il considère que la position libérale fait erreur en fixant son attention uniquement sur le consentement et la nature privée de la sexualité : une telle analyse occulterait complètement les implications politiques que les féministes et marxistes ont tenté de souligner. Il importe donc, pour Belliotti, de naviguer le plus prudemment possible entre deux écueils : d'une part, on doit éviter de condamner sans distinction tous les actes sexuels simplement parce qu'ils se déroulent dans un contexte social imparfait; d'autre part, on doit éviter de penser que la sexualité, dès lors qu'elle reflète des choix personnels, n'a plus à faire l'objet d'une évaluation morale plus large :

¹⁴² BELLIOTTI 1993, p 208-209.

¹⁴³ Belliotti reconnaît d'ailleurs l'existence de « micro-contextes » égalitaires qui semblent échapper à l'influence plus globale d'une société inégalitaire.

« [We] must attend to the specifics of each case and answer questions such as the following: Does this sex act contribute in a specific and articulable way to the general oppression of women (or any other disadvantaged class) by men (or any other advantaged class)? Does this act facilitate intermediate institutions (such as prostitution) which reflect and reinforce social oppression¹⁴⁴? »

On voit donc que Belliotti nuance sa position et prend ses distances par rapport à la critique féministe et marxiste dans sa forme la plus radicale. Toutefois, l'exigence formulée par le cinquième axe de sa théorie demeure à mes yeux problématique, dans la mesure où il est loin d'être certain qu'une telle exigence soit à sa place au sein d'une théorie qui tente d'évaluer la moralité des actes sexuels eux-mêmes. On voit mal comment une relation sexuelle consentie et essentiellement privée peut, concrètement, avoir des conséquences néfastes sur un contexte social élargi. Pour qu'elle puisse avoir de telles conséquences, il faudrait d'abord, il me semble, qu'elle soit de nature publique. Si tel est le cas, on peut aisément penser que l'exigence formulée ici par Belliotti ne porte pas spécifiquement sur la permissibilité ou l'impermissibilité des actes sexuels, mais bien sur celle de leur *représentation publique*, qu'elle soit de nature pornographique ou non¹⁴⁵.

Belliotti soutient donc que les pratiques sexuelles sont moralement problématiques à cause de leurs effets néfastes sur le contexte social, mais cette position est évidemment intenable si les pratiques sont privées. Il serait plus pertinent, à mon avis, de concevoir la causalité de façon inverse, c'est-à-dire en reconnaissant que les inégalités sociales ou politiques peuvent avoir une influence sur le genre de pratiques sexuelles que les individus choisissent d'adopter. Une reconnaissance de l'influence du contexte social sur les pratiques privées militerait notamment (et avec raison) en faveur de réformes sociales permettant l'égalité de classe, de genre, de sexe, etc. Mais on voit mal l'intérêt de condamner moralement la sexualité privée de certains, sous prétexte qu'elle a été *causée* par un contexte social imparfait : ce serait,

¹⁴⁴ BELLIOTTI 1993, p. 209.

¹⁴⁵ Je laisse ici de côté le débat éthique portant sur la représentation de la sexualité, mais on notera que ces questions ont notamment été traitées par Ruwen Ogien, qui critique l'argumentation déployée par ceux qui souhaitent interdire ou censurer la pornographie (OGIEN 2003, 2007a, 2007b).

pour ainsi dire, se tromper de cible, s'attaquer au symptôme plutôt qu'à la cause, et nier l'autonomie des individus dans la sphère privée au lieu de travailler à la mise en place d'un contexte social plus équitable.

Enfin, même en admettant la possibilité que certains actes sexuels, par leur pratique même¹⁴⁶, puissent avoir pour effet de renforcer des institutions sociales injustes, inégalitaires ou oppressives, on est en droit de poser un certain nombre de questions quant à la valeur théorique du cinquième axe de la théorie de Belliotti. Est-on en présence d'un tort commis à l'endroit des membres d'une classe particulière de la société? Si oui, a-t-on réellement besoin, pour procéder à la condamnation morale de la pratique en question, de recourir à cette condition additionnelle qui consiste à évaluer les effets sociaux? À mon avis, s'il y a réellement un tort commis, même indirectement, à l'égard de certains individus, le principe libéral de non-nuisance accomplit déjà le travail souhaité¹⁴⁷, et le cinquième axe de la théorie de Belliotti se révèle alors superflu.

Une critique de l'exigence de non-exploitation

Dans la présente section, j'aimerais revenir sur la condition de non-exploitation, telle que Belliotti l'énonce dans le troisième axe de sa théorie. Le premier axe de la théorie de Belliotti ayant déjà souligné, comme on l'a vu, la

¹⁴⁶ Et non par leur représentation, qui devrait faire l'objet, rappelons-le, d'une analyse distincte.

¹⁴⁷ On pourrait aussi ajouter à cette analyse le principe d'offense, bien que la position libérale soit généralement plus réticente à l'intégrer. Rappelons que le principe d'offense de Feinberg doit nécessairement être ajusté, voire minoré, de façon à prendre aussi en considération le droit à la liberté de certains individus : les intérêts de ceux qui souhaitent interdire une conduite dite offensante doivent alors être contrebalancés par les intérêts de ceux qui souhaitent s'engager librement dans une telle conduite (voir note 141). Pour reprendre l'exemple proposé plus tôt, on ne peut pas raisonnablement penser que l'offense ressentie par une personne à la vue d'un couple homosexuel se tenant la main ou s'embrassant en public soit de nature à limiter la liberté du couple en question. Par contre, on reconnaîtra généralement que la liberté d'une personne de se masturber en public doit être limitée au nom de l'offense ressentie par les témoins involontaires d'un tel acte. La question de l'équilibre entre la gravité d'une action (pour la personne offensée) et le droit à la liberté d'accomplir cette même action (pour la personne qui commet l'offense) est primordiale : « [B]alancing tests must be devised for weighing the seriousness of the inconvenience caused to the offended party against the reasonableness of the offending party's conduct » (FEINBERG 1990, p. xiii).

nécessité qu'il y ait consentement valide des partenaires, il serait redondant d'invoquer la condition de non-exploitation pour condamner moralement certaines pratiques sexuelles qui, de toute façon, sont déjà considérées comme moralement impermissibles en vertu du fait qu'elles ne font pas l'objet d'un consentement valide. Les cas qui devraient nous intéresser ici sont donc ceux où il y a consentement *et* exploitation. On peut donc écarter de notre analyse le premier des trois types d'exploitation (exploitation coercitive) puisque la coercition suffit à invalider le consentement des participants. Par conséquent, c'est sur les deux autres types d'exploitation décrits par Belliotti (exploitation qualifiée de « légèrement coercitive »; exploitation non coercitive) que ma critique portera. Je considérerai d'abord la question de l'exploitation non coercitive, pour ensuite poursuivre mon analyse en traitant les cas où l'exploitation s'accompagne d'une légère forme de coercition.

Le problème de l'exploitation non coercitive

En ce qui a trait à l'exploitation non coercitive, on peut d'abord se demander quelles sont les raisons potentielles qui pourraient faire en sorte que l'on veuille condamner moralement certaines pratiques sexuelles pleinement consenties et n'impliquant aucune forme de coercition. Pour illustrer le genre de cas auquel Belliotti réfère ici, on peut considérer un exemple de son cru, soit celui de Wanda et Ace. Depuis longtemps, Wanda éprouve un désir sexuel particulièrement intense pour Ace. À de nombreuses reprises, elle a tenté de le séduire, mais sans succès : ce dernier a toujours refusé ses avances. Non seulement Ace n'est pas intéressé par Wanda, mais il la trouve plutôt répugnante. Par ailleurs, Ace est un mordue des courses de chevaux, et il parie souvent des sommes importantes lors de certaines courses, en espérant bien sûr rafler la mise. Harry, un bon ami de Wanda, est un expert des sports hippiques; il peut évaluer assez précisément les chances de gagner de chacun des chevaux de course et ses prédictions se réalisent presque toujours. Or Wanda propose un marché à Ace. Elle lui révélera la suggestion de Harry quant au

cheval qui a le plus de chance de gagner la course le soir même, mais en échange Ace devra passer l'après-midi avec Wanda et accepter qu'ils aient ensemble une relation sexuelle. Ace n'a aucun autre moyen d'avoir accès à l'information que Wanda propose de lui fournir. Par ailleurs, Ace et Wanda sont tout à fait conscients que la prédiction de Harry est probablement juste, voire très fiable, sans toutefois être absolument certaine. Après avoir considéré les pour et les contre, Ace décide d'accepter la proposition de Wanda et consent à avoir une relation sexuelle avec elle. Malgré son sentiment de dégoût à l'idée de coucher avec Wanda, il décide que tout bien considéré, c'est un sacrifice qu'il est prêt à faire en échange du renseignement promis.

Pour Belliotti, un tel cas constitue un cas d'exploitation non coercitive, puisque Wanda a tiré profit d'un trait de caractère d'Ace, soit sa passion pour les courses de chevaux et son désir de rafler la mise. Bien sûr, on pourrait penser que la passion d'Ace pour les courses de chevaux est malade puisque il est prêt à renoncer au respect de ses propres préférences sexuelles en échange du renseignement convoité. Mais une telle analyse semblerait *aussi* remettre en cause le caractère compétent du consentement d'Ace :

« Depending on the extent to which Ace can resist his gambling urges, a case can be made that he was *incapable* of fully informed consent. By labeling Ace a "degenerate gambler" we have suggested the presence of the sort of irresistible impulses that characterize addictions. As such, it may be argued plausibly that the resulting sex was inherently flawed because of a lack of libertarian agreement¹⁴⁸. »

Ainsi, le fait d'expliquer ce cas en invoquant un manque d'autonomie de la part d'Ace ne remet pas en cause la validité de la position libérale, bien au contraire. Or, pour défendre sa propre position, Belliotti doit rejeter l'interprétation selon laquelle Ace n'est pas pleinement compétent, puisque cela reviendrait à dire que son consentement n'est pas valide. La condition de non-exploitation serait alors superflue.

Mais selon Belliotti, même en considérant qu'Ace est pleinement compétent et que son consentement est valide, le cas demeure moralement problématique puisque

¹⁴⁸ BELLIOTTI 1993, p. 217. L'italique est de moi.

Wanda fait preuve d'opportunisme en se servant d'un trait de caractère d'Ace pour atteindre ses propres fins. Dans la mesure où l'échange profite davantage à Wanda qu'à Ace, on devrait conclure que Wanda a exploité Ace, même s'il n'y a pas eu de coercition (ou autres vices du consentement) à proprement parler. Or cette conclusion est loin d'être aussi évidente que Belliotti le prétend, et ce, pour au moins deux raisons. D'abord, si on admet qu'Ace est effectivement en pleine possession de ses moyens (autonome, rationnel, etc.) et qu'on ne peut pas mettre sa décision sur le compte d'une quelconque incompetence, on pourrait alors facilement inverser le rapport de force et penser que c'est Ace qui fait preuve ici d'opportunisme, en se servant d'une disposition particulière de Wanda (son désir sexuel envers lui) pour arriver à ses fins¹⁴⁹. Il y a donc possibilité que l'exploitation existe, mais qu'elle ne se fasse pas, vu le type d'exemple suggéré, dans le sens où Belliotti le croit, ce qui constitue un premier problème potentiel. Ensuite, on doit rappeler que la notion d'exploitation chez Belliotti suppose une situation dans laquelle l'exploiteur voit ses fins favorisées, tandis que celles de l'exploité sont soit défavorisées, soit stables (ni défavorisées, ni favorisées), soit favorisées mais de façon très faible en proportion de la façon dont le sont celles de l'exploiteur¹⁵⁰. Or, dans le cas présenté, il se pourrait très bien que les deux individus voient leurs fins respectives largement favorisées, et que le rapport quantitatif entre la satisfaction des fins d'Ace et celles de Wanda ne soit pas à ce point disproportionnel pour qu'on puisse en tirer la conclusion qu'il y a exploitation de l'un par l'autre. Cela constitue potentiellement un second problème, dans la mesure où on serait davantage en présence d'un accord gagnant-gagnant que d'un cas d'exploitation à sens unique¹⁵¹.

¹⁴⁹ Toutefois, on pourrait insister sur l'idée que c'est Wanda qui exploite Ace malgré tout, en rappelant que c'est elle, et non lui, qui a initié la proposition. Cette défense n'est cependant pas une option disponible pour Belliotti, puisque ce dernier reconnaît explicitement qu'on ne peut pas considérer que la personne qui initie la proposition est nécessairement celle qui exploite l'autre. Voir BELLIOTTI 1993, p. 205.

¹⁵⁰ BELLIOTTI 1993, p. 16.

¹⁵¹ Une possibilité serait de parler ici d'exploitation mutuelle. Le concept d'exploitation mutuelle nous obligerait toutefois à abandonner les éléments de disproportion présents dans la définition de Belliotti. Par ailleurs, il faudrait démontrer en quoi les cas d'exploitation mutuelle, consentie et non coercitive sont moralement problématiques.

Malgré tout, il me faut reconnaître que ces deux problèmes ne constituent pas des objections décisives à l'égard de la thèse de Belliotti. En fait, ils remettent surtout en question la plausibilité de l'exemple choisi. Je me propose donc d'écarter ces deux problèmes et d'admettre, avec Belliotti, la possibilité qu'il y ait une véritable disproportion entre la satisfaction des fins de Wanda, et celle, plus faible, des fins d'Ace.

On doit alors se demander pourquoi ce genre de disproportion, propre aux cas d'exploitation, rend la situation moralement impermissible. Pour répondre à cette question, on ne peut évidemment pas invoquer la notion de tort (*harm*), telle que le principe de non-nuisance la conçoit, à moins de rejeter la validité même du principe de *volenti non fit injuria*. Le principe de *volenti* consiste à dire qu'à celui qui consent, nul tort n'est fait. Si un sujet consent, de manière valide et sans coercition aucune, à la proposition qui lui est faite, on ne peut en aucun cas affirmer que ce sujet subit un tort¹⁵². Ici, la tentative de faire reposer le caractère moralement problématique de l'exploitation sur la notion de tort se révèle nécessairement infructueuse.

C'est probablement pour cette raison que Belliotti se tourne vers la notion d'atteinte aux intérêts du sujet¹⁵³. Celle-ci, contrairement à la notion de tort, n'est pas susceptible d'être mise en échec par le principe de *volenti*. Lorsque les intérêts du sujet sont desservis, ils le sont indépendamment du fait que le sujet ait consenti ou non à cet état de chose. Belliotti opère ici une importante scission entre, d'une part, la préférence subjective d'un individu compétent et, d'autre part, la satisfaction de ses intérêts, conçus en termes objectifs. Il est pour le moins troublant de constater que Belliotti donne plus d'importance au second élément. À la lumière de cette prise de

¹⁵² Selon Feinberg, la notion de tort (*harm*) peut avoir deux sens distincts, selon qu'on adopte une analyse paternaliste ou non. Selon une analyse non paternaliste, qui tient compte des paramètres habituels propres au principe de non-nuisance, un tort est annulé par le fait qu'un sujet y ait consenti : c'est le sens même du principe de *volenti*. C'est habituellement en ce sens qu'on entend le mot « tort » dans la littérature. L'analyse paternaliste, pour sa part, conçoit le tort comme un recul (*setback*) des intérêts du sujet : ici, contrairement au premier sens évoqué, le fait que le sujet consente ne change rien au fait qu'un tort puisse avoir été commis à son égard. Voir FEINBERG 1986, p. 11.

¹⁵³ BELLIOTTI 1993, p. 218.

position, on peut affirmer sans équivoque que la théorie de Belliotti affiche une forte propension au paternalisme.

Conscient d'une telle accusation, Belliotti réplique qu'on peut remettre en question la valeur des préférences subjectives d'un individu dès lors qu'on admet que ce dernier n'est peut-être pas le meilleur juge qui soit en ce qui concerne ses intérêts :

« Isn't the analysis patronizing and paternalistic to Ace's desires? Who are we to say that he is the victim of exploitation given that he judges the trade to be to his advantage? The answer here is that once we abrogate the libertarian credo that insists individuals are always the incorrigibly correct judge of what is valuable to them [...], contestable value judgments are inevitable¹⁵⁴. »

Or, cette réplique n'est évidemment pas satisfaisante pour contrer l'accusation de paternalisme; au contraire, elle l'accroît. Le fait d'affirmer que des individus compétents, rationnels et autonomes ne sont pas, même en matière d'affaires privées, les meilleurs juges de leur propre intérêt, confirme le caractère paternaliste de la théorie plutôt qu'il ne l'atténue¹⁵⁵.

Enfin, il est pour le moins étonnant de constater que Belliotti, en dernier recours, tente d'appuyer son propos sur la présence de certaines faiblesses ou vulnérabilités que le sujet affiche sur le plan psychologique. Belliotti semble souligner une forme d'incompétence du sujet, tout en maintenant que celui-ci consent de manière valide :

« Even if we stipulate that Ace was capable of fully informed consent and that the condition of libertarian agreement was satisfied fully in the instant case, a problem remains. Wanda appears to have exploited Ace by preying upon his known *vulnerability* to gambling information. [...] Ace's consent may well betray not only his *weakness* for gambling but his more general negative self-image and self-destructive inclinations¹⁵⁶. »

¹⁵⁴ *Ibid.*, 1993, p. 219.

¹⁵⁵ Et même en admettant qu'un individu compétent, rationnel et autonome puisse parfois agir selon des préférences subjectives qui ne sont pas, objectivement parlant, dans son intérêt, il est loin d'être évident que cela soit de nature à susciter des objections morales quant aux préférences du sujet. Je crois que seules des objections prudentielles seraient, dans un tel cas, recevables.

¹⁵⁶ BELLIOTTI 1993, p. 217-218. L'italique est de moi.

Rappelons que, pour être probante, une démonstration du caractère immoral de l'exploitation non coercitive et consentie doit faire appel à des situations où le sujet est libre, informé et compétent : si tel n'est pas le cas, on peut raisonnablement penser que le type d'immoralité que Belliotti tente de circonscrire est déterminée, au premier chef, par le non-respect des conditions de validité du consentement. En avançant que le sujet (Ace) présente un certain nombre de difficultés psychologiques, dont aurait profité un agent externe (Wanda), Belliotti propose une interprétation du cas qui n'est absolument pas concluante. On ne peut pas affirmer d'une part qu'un sujet est compétent, libre, informé, qu'il assume pleinement les implications de ses choix, et prétendre d'autre part que ce même sujet est victime des machinations d'autrui, qu'il est exploité, qu'il n'a pas de véritable contrôle sur ses propres actions.

Jusqu'ici, j'ai exclusivement traité du troisième type d'exploitation dont Belliotti fait mention, c'est-à-dire l'exploitation pleinement consentie par des partenaires libres, informés et compétents. J'en arrive à deux conclusions. Premièrement, l'application de la condition de non-exploitation à ce genre de cas est hautement paternaliste, dans la mesure où elle nie la valeur de l'autonomie et des préférences du sujet, pour se concentrer sur ses « intérêts », conçus de manière supposément objective¹⁵⁷. Deuxièmement, même en admettant, dans un domaine essentiellement privé, cette primauté des intérêts (objectifs) sur les préférences (subjectives), on ne voit pas pour quelles raisons l'analyse des cas d'exploitation consentie devrait susciter une réflexion sur la *moralité* des partenaires plutôt que sur leur *prudence*.

Le problème de l'exploitation légèrement coercitive

Qu'en est-il des maintenant des pratiques sexuelles où un des partenaires consent à une forme d'exploitation qu'on pourrait qualifier de « légèrement »

¹⁵⁷ Même en admettant, avec Belliotti, l'hypothèse qu'un sujet rationnel et autonome ne soit pas le meilleur juge de ses propres intérêts, une question demeure : on ne peut s'empêcher de se demander *qui* serait en mesure de déterminer objectivement les intérêts du sujet (mieux que le sujet lui-même), et surtout *pourquoi*.

coercitive? Rappelons que Belliotti fait état de trois types d'exploitation. Les pratiques appartenant au premier type (exploitation coercitive) sont déjà considérées comme moralement impermissibles par la position libérale, en vertu de leur caractère coercitif. En ce qui concerne les pratiques appartenant au troisième type (exploitation non coercitive, consentie de façon valide), j'ai tenté de montrer, dans la section précédente, qu'elles ne peuvent pas être considérées comme moralement impermissibles, à moins d'adopter une attitude hautement paternaliste (et il faudrait être en mesure de justifier un tel paternalisme, ce que Belliotti ne parvient pas à faire selon moi). Quant à lui, le deuxième type d'exploitation présente des subtilités et des nuances que ni le premier ni le troisième type ne présentent : il ne s'agit pas de pratiques dont on peut dire d'emblée qu'elles ne font pas l'objet d'un consentement valide, mais il ne s'agit pas non plus de pratiques dont on peut dire qu'elles sont, sans l'ombre d'un doute, pleinement consenties. Il pourrait s'avérer difficile, pour le théoricien libéral, de statuer sur le caractère moral ou immoral de ce genre de cas. Mais cette ambivalence pratique amoindrit-elle nécessairement la valeur théorique de la position libérale?

On peut se demander en quoi la théorie de Belliotti serait mieux armée que la position libérale pour établir le caractère moralement impermissible des pratiques qu'il qualifie « d'exploitation légèrement coercitive »? S'il est vrai qu'il y a coercion, ne doit-on pas en conclure que celle-ci invalide, du même coup, le consentement? Avant de répondre à ces questions, on doit tâcher de comprendre, précisément, ce à quoi Belliotti fait référence :

« [W]hen evaluating the presence of exploitation, attention must be given to the particular circumstances, vulnerabilities, prior entitlements, relative bargaining power and social status, and wants/needs of the parties. In this vein, the paradigm of subtly coercive exploitation consists of an E with relatively strong socioeconomic bargaining power; a V with special vulnerabilities, needs, or deep wants; and a proposition, initiated by E and formulated for E's advantage and at V's loss or disproportionately small gain, that has the effect of narrowing or closing V's overall opportunities. Such exploitation is "subtly coercive" because the force used to secure "consent" is *not so obvious* as to trigger a violation of libertarian

agreement, yet *not so benign* as to translate clearly to fully informed, mutual consent¹⁵⁸. »

De toute évidence, dans le reproche qu'il adresse à la position libérale, Belliotti laisse entendre que celle-ci fixe la barre trop haute lorsqu'il est question de reconnaître ce qui doit compter comme une forme de coercition, au point de se montrer carrément insensible aux cas plus subtils de coercition : seuls les cas où la coercition est évidente et explicite seraient pris au sérieux par la position libérale; pour elle, seule la coercition au sens fort serait de nature à invalider le consentement.

Évidemment, Belliotti souhaite prendre en considération certains cas de coercition subtile ou implicite, qui selon lui se situent en deçà du seuil proposé par la position libérale. Il devient alors facile pour Belliotti de faire la promotion sa théorie, sous prétexte qu'elle réussit — grâce à son discernement — là où la position libérale échoue — à cause de son insensibilité.

Rien ne justifie pourtant un tel reproche : la position libérale n'est pas fatalement vouée à fixer la barre trop haute ni à faire preuve « d'insensibilité », au point de ne considérer que les cas d'extrême coercition comme susceptibles d'invalider le consentement. La nuance et l'attention dont Belliotti souhaite faire preuve dans son analyse pourraient tout aussi bien être replacées dans le contexte d'un raffinement des critères de validité du consentement. Si le but est de prendre en compte certaines caractéristiques empiriques — la vulnérabilité psychologique du sujet, son faible pouvoir de négociation, ou le fait que ses gestes soient conditionnés par des circonstances misérables¹⁵⁹ —, l'aménagement théorique auquel procède Belliotti est à mon avis tout à fait inutile, puisque les critères de validité du consentement, s'ils sont modulés avec soin, permettent déjà d'atteindre le but souhaité.

La question consiste donc à savoir quelles circonstances sont de nature à invalider le consentement. Il n'est pas difficile de répondre à cette question lorsqu'on est en présence de coercition, de duperie ou d'incompétence explicites et évidentes :

¹⁵⁸ BELLIOTTI 1993, p. 203. L'italique est de moi.

¹⁵⁹ *Ibid.*, p. 104.

dans de tels cas, le consentement sera facilement être jugé invalide. La réponse ne se fait pas non plus attendre dans les cas inverses, par exemple lorsque l'on sait, hors de tout doute, que le sujet a consenti de façon libre, informée et compétente : la valeur de son consentement mérite alors d'être respectée. Par contre, les cas « médians », qui se situent à mi-chemin entre ces deux extrêmes, commandent souvent un examen plus minutieux de la situation. Mais rien ne nous empêche de procéder à cet examen à l'aide de la position libérale. Comme je l'ai évoqué précédemment, le fait qu'il existe certains cas pratiques pour lesquels il est plus difficile de statuer n'implique pas que les principes théoriques qui doivent guider la prise de position soient eux-mêmes déficients.

Cela dit, Belliotti allègue tout de même que sa théorie est davantage en mesure de répondre à certains problèmes que ne le pourrait la position libérale. Parmi ces problèmes, on compte celui de l'exploitation consentie, mais résultant de circonstances injustes ou défavorables : de telles circonstances pourraient faire en sorte qu'un sujet donne son aval à des pratiques qui n'auraient pas été les siennes autrement. Pour Belliotti, la condition de non-exploitation s'avère indispensable ici, puisque la conception libertarienne de la coercition ne semble pas tenir compte du caractère déterminant, voire oppressif, de ces circonstances. Or, en s'appuyant sur les concepts de coercition proposés par Mappes et Wertheimer¹⁶⁰, on peut d'ores et déjà penser que le sujet qui consent sous l'influence de circonstances injustes ou hautement défavorables n'exprime pas un consentement valide.

Un autre problème mentionné par Belliotti est celui de la vulnérabilité psychologique du sujet, qui pousserait ce dernier à accepter des situations qui lui sont

¹⁶⁰ Comme je l'ai indiqué dans la section portant sur le caractère libre du consentement, Mappes et Wertheimer soutiennent que certaines offres ont une valeur similaire aux menaces. On dira alors que de telles offres sont coercitives, et susceptibles d'invalider le consentement, au même titre qu'une menace. Pour Wertheimer, une offre est coercitive lorsque ses conditions violent les droits du sujet. Pour Mappes, une offre est coercitive lorsque son acceptation par le sujet est motivée par les circonstances misérables qui l'affligent. Mappes précise toutefois que l'agent A qui propose une offre coercitive au sujet B doit *savoir* qu'il exploite de telles circonstances, pour que l'on puisse dire de cet agent A qu'il est moralement fautif et qu'il est responsable d'avoir injustement instrumentalisé le sujet B. Voir MAPPES 2008, WERTHEIMER 1996a.

défavorables. Ici encore, Belliotti défend la pertinence de sa théorie en invoquant l'insensibilité de la position libérale à l'égard de ce genre de cas. Or, la vulnérabilité psychologique, si elle est suffisamment prononcée, pourrait correspondre au type d'incompétence susceptible d'invalider le consentement du sujet. Ici encore, la condition de non-exploitation proposée par Belliotti se révèle superflue.

Une position libérale nuancée

Dans le deuxième chapitre de ce mémoire, j'ai émis l'idée que les critères de validité du consentement pouvaient être modulés à l'aide leurs paramètres internes. Pour que le consentement puisse assumer la fonction que la position libérale lui confère, c'est-à-dire pour qu'il puisse demeurer une condition suffisante et nécessaire de la permissibilité morale des actes sexuels, il importe que ses critères de validité soient modulés avec soin. Pour ce faire, on doit éviter deux écueils. D'une part, il ne faut pas épouser un point de vue trop pessimiste¹⁶¹, selon lequel nos choix ne sont jamais volontaires parce qu'ils sont, inexorablement, le résultat de processus de socialisation qui nous échappent. D'autre part, on ne doit pas non plus se montrer trop idéaliste, en affirmant, par exemple, que l'on consent toujours à ce que l'on fait, peu importe les circonstances. Ogien résume bien le sens de ce faux dilemme :

« Le philosophe [...] dira qu'en un certain sens, et à l'exception de certains cas évidents de contrainte purement physique ou de dépendance matérielle absolue, nous consentons *toujours* aux relations que nous entretenons parce que nous aurions toujours pu choisir de ne pas les avoir ou d'y mettre un terme, mais qu'en un autre sens nous n'y consentons *jamais* authentiquement, même en cas d'accord verbal ou non verbal explicite, parce que nous sommes toujours plus ou moins contraints par les choix qui s'offrent à nous¹⁶². »

Lorsqu'il critique la position libérale, Belliotti présuppose que celle-ci doit nécessairement être entendue en un sens radicalement libertarien, selon lequel « nous

¹⁶¹ Voir notamment MACKINNON 1989. Dans un contexte social où prévalent le patriarcat et la domination masculine, la capacité des femmes à consentir de façon valide doit sérieusement être mise en doute, au point où, nous dit MacKinnon, les femmes ne consentiraient jamais de façon authentique. Pour une analyse critique de la position de MacKinnon sur le consentement, voir MOORE et REYNOLDS 2004.

¹⁶² OGIEN 2007c, p. 134. L'italique est de moi.

consentons toujours aux relations que nous entretenons ». Si tel était le cas, on aurait évidemment raison de taxer la position libérale d'insensibilité. Mais la position libérale peut et doit être nuancée : la théorie de Belliotti perd de sa force de conviction dès lors que l'on reconnaît cette possibilité.

Conclusion

Dans le premier chapitre de ce mémoire, j'ai évoqué les avantages de concevoir le consentement selon un modèle performatif plutôt qu'attitudinal, en soulignant l'importance qu'il convient d'accorder à la dimension éthique du consentement. En effet, le consentement conçu en un sens purement mental ne saurait être en mesure de modifier de quelque façon que ce soit le réseau normatif des droits et des devoirs liant les individus entre eux. Seul un consentement conçu en un sens comportemental permet d'accomplir cette tâche. Toutefois, l'intuition selon laquelle l'adoption d'un modèle performatif comporte certains risques — notamment celui de voir un sujet consentir comportementalement, mais contre son gré — n'apparaît pas complètement dénuée d'intérêt. Je ne crois toutefois pas que cette intuition nous suggère de délaisser le modèle performatif; je crois plutôt qu'elle nous recommande de le baliser à l'aide des critères de validité, qui ont précisément pour but de minimiser ce risque de « consentement par erreur », et d'assurer, autant que faire se peut, que le consentement soit véritablement représentatif des intentions et motivations profondes du sujet.

Ainsi, pour être valide, le consentement doit être libre, éclairé, et provenir de sujets compétents. En adjoignant ces trois critères au modèle performatif, on passe d'une notion non qualifiée du consentement à une notion qualifiée, grâce à laquelle le consentement sera jugé valide ou invalide, selon que les critères en question sont satisfaits ou non. J'ai donc exploré, dans le deuxième chapitre, chacun des trois critères de validité, en tentant d'exposer la complexité de chacun. Cette complexité vient notamment du fait qu'il n'y a pas nécessairement de consensus évident, au sein des théories éthiques, quant aux exigences propres à chacun des trois critères.

La discussion m'a permis de poursuivre deux objectifs distincts. Premièrement, j'ai évoqué ce qui, à mes yeux, peut constituer la définition la plus adéquate de chacun des trois critères. Deuxièmement, j'ai tenté de montrer que, de

façon plus générale, chacun des critères possède un certain nombre de paramètres internes qui le rendent partiellement modulable. Ainsi, conformément au premier objectif, j'ai mis en lumière certaines définitions des critères de validité qui me semblaient particulièrement justes. Dans le cas du caractère *libre* du consentement, j'ai suggéré, en me basant sur les modèles théoriques proposés par Mappes et Wertheimer, de définir la coercition en tenant compte non seulement des cas de menaces, mais aussi des cas d'offres coercitives. Dans le cas du caractère *éclairé* du consentement, j'ai rappelé que la question de savoir ce qui compte comme une information pertinente est souvent subjective. Bien que les cas de duperie soient toujours moralement condamnables, il faut éviter d'assimiler tous les cas de non-divulgence d'une information à une forme de duperie ou de malveillance, car on peut raisonnablement penser que la non-divulgence d'une information par l'un des partenaires peut parfois provenir d'une méconnaissance de ce qui constitue une information pertinente aux yeux de l'autre partenaire. Enfin, en ce qui a trait à la *compétence* du sujet, j'ai proposé de ne pas restreindre la notion à une simple question de traitement cognitif de l'information : certains états affectifs, par exemple, devraient également être considérés comme des manifestations d'incompétence. J'ai évoqué par ailleurs les liens étroits qui existent entre compétence et autonomie, en arguant qu'il convient de privilégier les conceptions procédurales de l'autonomie, au détriment des conceptions substantielles. En ce qui a trait au second objectif, j'ai soumis l'hypothèse que, devant la complexité et la diversité des définitions de chacun des critères, on peut raisonnablement penser que ceux-ci possèdent un certain nombre de paramètres internes, partiellement modulables : la façon dont une théorie modulera ces paramètres influencera nécessairement son verdict quant à la présence ou à l'absence de consentement valide dans une situation donnée.

C'est d'ailleurs ce constat qui m'amène à penser que la position libérale, présentée au début du troisième chapitre, possède déjà tout l'arsenal conceptuel nécessaire à la reconnaissance du caractère moralement problématique de la plupart

des cas mentionnés par Belliotti¹⁶³. Plus précisément, il m'apparaît inutile d'invoquer une condition de non-exploitation pour condamner les cas où une activité sexuelle ne fait pas, de toute façon, l'objet d'un consentement valide de la part du sujet. Si en revanche le sujet consent à l'activité sexuelle de façon valide, on peut difficilement affirmer qu'il s'agit d'un cas d'exploitation; sa condamnation morale témoigne d'un paternalisme exagéré. Quant aux cas qui se situent entre ces deux extrêmes, il me semble qu'on peut les ranger soit d'un côté soit de l'autre — soit du côté de l'exploitation non consentie, soit du côté des pratiques validement consenties — selon les particularités du cas en question.

De façon plus générale, ce qui m'apparaît particulièrement problématique dans la théorie de Belliotti, c'est qu'elle s'appuie sur une critique du libéralisme moral en matière sexuelle, alors que cette critique repose elle-même sur une vision peu nuancée, caricaturale, voire erronée, de la position libérale. L'accusation d'insensibilité que Belliotti formule à l'égard de la position libérale — qu'on peut évidemment mettre en parallèle avec l'accusation que le camp attitudinal formulait à l'égard du modèle performatif — se dissout dès lors qu'on reconnaît la position libérale sous son vrai jour. Autrement dit, une vision juste et nuancée de la position libérale en matière d'éthique de la sexualité permet de réitérer la valeur de ses deux thèses principales, soit la thèse de la nécessité du consentement et celle de sa suffisance.

La théorie de Belliotti mène, comme je l'ai indiqué, à des conclusions qui sont soit redondantes, dans la mesure où la position libérale les reconnaît aussi, soit paternalistes, au sens où elles restreignent fortement la valeur de la liberté et de l'autonomie des sujets, dans des situations où ceux-ci sont pourtant consentants. Mon rejet de la théorie de Belliotti est principalement motivé par la tendance paternaliste qu'elle affiche. Évidemment, ce paternalisme moral risque d'apparaître problématique uniquement aux yeux de ceux qui, comme moi, reconnaissent d'emblée la valeur du libéralisme moral.

¹⁶³ À condition, bien sûr, que les critères de validité du consentement soient modulés d'une façon satisfaisante, c'est-à-dire d'une façon qui ne soit pas excessivement latitudinaire.

Toutefois, il est une autre considération qui vient affaiblir la validité de la théorie de Belliotti, indépendamment de nos allégeances morales. Cette considération concerne l'exigence de cohérence entre nos jugements moraux qui portent sur la sexualité et ceux qui portent sur le domaine non sexuel. Belliotti fait intervenir des notions normatives qui ne semblent pas avoir de portée en dehors du domaine de la sexualité, comme en témoignent sa condition de non-exploitation ou son inquiétude à l'égard d'inégalités socioéconomiques entre partenaires. De tels éléments n'interviennent généralement pas, ou du moins pas avec la même force, dans les débats qui concernent d'autres types d'activités privées, libres, consenties et ne causant de tort à personne. Quelles raisons aurait-on d'accorder un statut spécial à la sexualité, au point de créer des règles et des principes moraux qui ne s'appliqueraient qu'à elle?

« Dans une société libérale et démocratique, les individus affirment des conceptions différentes et conflictuelles du sens de leur activité sexuelle. Ce n'est pas dire qu'il n'existe aucune règle morale qui s'applique à la sexualité, mais plutôt qu'il n'y a pas, dans cette société, de morale spécifiquement sexuelle. [...] Comme amants, nous agissons sous l'empire de principes moraux généraux qui s'appliquent à différents domaines. [...] Nous condamnons le viol, y compris entre époux, parce qu'à l'ordre sexuel s'appliquent les principes démocratiques qui régissent la structure sociale. Si nous réprouvons les pédophiles, c'est parce que nous croyons qu'imposer des relations sexuelles à des enfants peut leur porter un tort profond [...]. Nous évitons de tromper nos partenaires avec lesquels nous nous sommes engagés à la fidélité, parce que nous valorisons la confiance, celle de nos amants, mais aussi celle de nos amis et collègues¹⁶⁴. »

Quelles raisons aurait-on d'accorder un statut spécial à la sexualité? Probablement aucune.

¹⁶⁴ GUILLARME 2005, p. 193-194.

BIBLIOGRAPHIE

ALEXANDER, Larry. 1996. « The Moral Magic of Consent (II) ». *Legal Theory*, vol. 2, no. 3, p. 165-174.

ARCHARD, David. 1998. *Sexual Consent*. Boulder, Westview Press, 189 p.

ATHANASSOULIS, Nafsika. 2002. « The Role of Consent in Sado-Masochistic Practices ». *Res Publica*, no. 8, p. 141-155.

AUSTIN, John L. 1962. *How To Do Things with Words*. Londres, Oxford University Press, 166 p. (Version française : AUSTIN, John L. 1970. *Quand dire c'est faire*. Trad. Gilles Lane. Paris, Éditions du Seuil, 183 p.)

BAKER, Brenda M. 1999. « Understanding Consent in Sexual Assault », dans Keith BURGESS-JACKSON (dir.), *A Most Detestable Crime: New Philosophical Essays on Rape*, New York, Oxford University Press, p. 49-70.

BEAUCHAMP, Tom L. et Ruth R. FADEN. 1986. *A History and Theory of Informed Consent*. New York/Oxford, Oxford University Press, 392 p.

BELLIOTTI, Raymond A. 1979. « A Philosophical Analysis of Sexual Ethics ». *Journal of Social Philosophy*, vol. 10, 1979, p. 8-11.

BELLIOTTI, Raymond A. 1991. « Sex », dans Peter SINGER (dir.), *A Companion to Ethics*, Cambridge/Oxford, Basil Blackwell, p. 315-332.

BELLIOTTI, Raymond A. 1993. *Good Sex: Perspectives on Sexual Ethics*. Lawrence, University Press of Kansas, 316 p.

BENN, Piers. 1999. « Is Sex Morally Special? ». *Journal of Applied Philosophy*, vol. 16, no. 3, p. 235-245.

BENSON, Paul. 2005. « Feminist intuitions and the normative substance of autonomy », dans James Stacey TAYLOR (dir.), *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 124-142.

BERG, Jessica W., Paul S. APPELBAUM, Charles W. LIDZ, Lisa S. PARKER. 2001. *Informed consent: legal theory and clinical practice*. New York/Oxford, Oxford University Press, 340 p.

BOGART, J. H. 1995. « Reconsidering Rape: Rethinking the Conceptual Foundations of Rape Law ». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, no. 8, p. 159-182.

BRATMAN, Michael. 1987. *Intention, Plans, and Practical Reason*. Cambridge, Harvard University Press, 200 p.

BRETT, Nathan. 1998. « Sexual Offenses and Consent ». *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, no. 11, p. 69-88.

BRYANT, Alan W. 1989. « The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault ». *Canadian Bar Review/La Revue du Barreau Canadien*, vol. 68, p. 94-154.

BURGESS-JACKSON, Keith (dir.). 1999. *A Most Detestable Crime: New Philosophical Essays on Rape*. New York, Oxford University Press, 306 p.

CHAMALLAS, Martha. 1987/1988. « Consent, Equality, and the Legal Control of Sexual Conduct ». *Southern California Law Review*, vol. 61, p. 777-862.

CHARLAND, Louis. 2008. « Decision-Making Capacity ». *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (dir.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2008/entries/decision-capacity/>.

CHASSAING, Jean-François. 2005. « Le consentement. Réflexions historiques sur une incertitude du droit pénal », dans Danièle LOCHAK et Daniel BORRILLO (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, Presses universitaires de France, p. 65-88.

COWLING, Mark et Paul REYNOLDS (dir.). 2004. *Making Sense of Sexual Consent*. Burlington, Ashgate, 284 p.

DWORKIN, Gerald. 1988. *The Theory and Practice of Autonomy*. Cambridge, Cambridge University Press, 173 p.

DWORKIN, Gerald. 2005. « Moral Paternalism ». *Law and Philosophy*, vol. 24, p. 305-319.

ERICSSON, Lars O. 1980. « Charges against Prostitution: An Attempt at a Philosophical Assessment ». *Ethics*, vol. 90, no. 3, p. 335-366.

FEINBERG, Joel. 1985. *Offense to Others: The moral limits of the criminal law, vol. 2*. New York/Oxford, Oxford University Press, 328 p.

FEINBERG, Joel. 1989. *Harm to Self: The moral limits of the criminal law, vol. 3*. New York/Oxford, Oxford University Press, 420 p.

FEINBERG, Joel. 1990. *Harmless wrongdoing: The moral limits of the criminal law, vol. 4*. New York/Oxford, Oxford University Press, 380 p.

FRANKFURT, Harry G. 1971. « Freedom of the Will and the Concept of a Person ». *Journal of Philosophy*, vol. 68, no. 1, p. 5-20.

FRENCH, Stanley G., Wanda TEAYS et Laura M. PURDY (dir.). 1988. *Violence against women: philosophical perspectives*. Ithaca, Cornell University Press, 260 p.

GERT, Bernard, Charles M. CULVER et K. Danner CLOUSER. 1997. *Bioethics : A Return to Fundamentals*. New York/Oxford, Oxford University Press, 320 p.

GUILLARME, Bertrand. 2005. « L'évaluation morale des sexualités », dans Ruwen OGIEN et Jean-Cassien BILLIER (dir.), *La sexualité*, Paris, Presses Universitaires de France, p. 185-194.

HELD, Virginia. 1972. « Coercion and Coercive Offers », dans J. Roland PENNOCK et John W. CHAPMAN (dir.), *Coercion: Nomos XIV*, Chicago, Aldine-Atherthon, p. 49-62.

HOLTON, Richard. 2009. *Willing, Wanting, Waiting*. New York/Oxford, Oxford University Press, 203 p.

HURD, Heidi M. 1996. « The Moral Magic of Consent ». *Legal Theory*, vol. 2, no. 2, p. 121-146.

IACUB, Marcela. 2002. *Qu'avez-vous fait de la libération sexuelle?* Paris, Flammarion, 157 p.

IACUB, Marcela. 2003. *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*. Paris, Flammarion, 375 p.

JOUAN, Marlène (dir.). 2008. *Psychologie morale : autonomie, responsabilité et rationalité pratique*. Paris, Vrin, 384 p.

KAZAN, Patricia. 1998. « Sexual Assault and the Problem of Consent », dans Stanley G. FRENCH, Wanda TEAYS et Laura M. PURDY (dir.), *Violence against women: philosophical perspectives*, Ithaca, Cornell University Press, p. 27-42.

KLEINIG, John. 1982. « The Ethics of Consent ». *Canadian Journal of Philosophy*, Supplementary Volume, no. 8, p. 91-118.

KLEINIG, John. 2010. « The Nature of Consent », dans Alan WERTHEIMER et Franklin G. MILLER (dir.), *The Ethics of Consent*. New York/Oxford, Oxford University Press, p. 3-24.

LEVINSON, Jerrold. 2003. « Sexual Perversity ». *The Monist*, vol. 86, no. 1, p. 30-54.

LEVITZ, Stephanie. 2010. « Supreme Court considers what means 'yes' in sexual relationships ». *The Globe and Mail*, 8 nov. <http://www.theglobeandmail.com/news/national/supreme-court-considers-what-means-yes-in-sexual-relationships/article1790553/>. Consulté le 11 nov. 2010.

LOCHAK, Danièle et Daniel BORRILLO (dir.). 2005. *La liberté sexuelle*. Paris, Presses Universitaires de France, 238 p.

- MACKINNON, Catharine A. 1982. « Feminism, Marxism, Method, and the State : An Agenda for Theory ». *Signs*, vol. 7, no. 3, p. 515-544.
- MACKINNON, Catharine A. 1983. « Feminism, Marxism, Method, and the State : Toward Feminist Jurisprudence ». *Signs*, vol. 8, no. 4, p. 635-658.
- MACKINNON, Catharine A. 1987. *Feminism Unmodified: Discourse on Life and Law*. Cambridge/Londres, Harvard University Press, 315 p.
- MACKINNON, Catharine A. 1989. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge/Londres, Harvard University Press, 330 p.
- MALM, H. M. 1996. « The Ontological Status of Consent and Its Implications ». *Legal Theory*, vol. 2, no. 2, p. 147-164.
- MAPPEL, Thomas A. 2008. « Sexual Morality and the Concept of Using Another Person », dans Alan SOBLE et Nicholas POWER (dir.), *The Philosophy of Sex: Contemporary Readings*, 5^e édition, Lanham, Rowman & Littlefield, p. 229-247.
- MARINO, Patricia. 2008. « The Ethics of Sexual Objectification: Autonomy and Consent ». *Inquiry*, vol. 51, no. 4, p. 345-364.
- MCGREGOR, Joan. 1996. « Why When She Says No She Doesn't Mean Maybe and Doesn't Mean Yes: A Critical Reconstruction of Consent, Sex, and the Law ». *Legal Theory*, vol. 2, no. 3, p. 175-208.
- MILL, John Stuart. 2003. *On Liberty* (1859). Yale University Press, New Haven, 249 p. (Version française : MILL, John Stuart. 1990. *De la liberté*. Paris, Gallimard, 242 p.)
- MOORE, Alison et Paul REYNOLDS. 2004. « Feminist approaches to sexual consent : a critical assessment », dans Mark COWLING et Paul REYNOLDS (dir.), *Making Sense of Sexual Consent*, Burlington, Ashgate, p. 29-43.
- NAGEL, Thomas. 1969. « Sexual Perversion ». *Journal of Philosophy*, vol. 66, no. 1, p. 5-17.
- NOZICK, Robert. 1974. *Anarchy, State and Utopia*. Oxford/Cambridge, Blackwell Publishers, 367 p.
- NOZICK, Robert. 1997. *Socratic Puzzles*. Cambridge/London, Harvard University Press, 400 p.
- NUSSBAUM, Martha C. 1995. « Objectification ». *Philosophy and Public Affairs*, vol. 24, no. 4, p. 249-291.
- O'NEILL, Onora. 1985. « Between Consenting Adults ». *Philosophy and Public Affairs*, vol. 14, no. 3, p. 252-277.

- OGIEN Ruwen et Jean-Cassien BILLIER (dir.). 2005. *La sexualité*. Coll. « Comprendre », no. 6. Paris, Presses Universitaires de France, 327 p.
- OGIEN, Ruwen. 2003. *Penser la pornographie*. Paris, Presses Universitaires de France, 172 p.
- OGIEN, Ruwen. 2007a. *La liberté d'offenser : Le sexe, l'art et la morale*. Paris, La Musardine, 134 p.
- OGIEN, Ruwen. 2007b. *L'éthique aujourd'hui. Maximalistes et minimalistes*. Paris, Gallimard, 252 p.
- OGIEN, Ruwen. 2007c. « L'incohérence des critiques des morales du consentement ». *Cahiers de recherche sociologique*, no. 43, p. 133-140.
- OGIEN, Ruwen. 2010. *Le corps et l'argent*. Paris, La Musardine, 149 p.
- PATEMAN, Carole. 1983. « Defending Prostitution: Charges Against Ericsson ». *Ethics*, vol. 93, no. 3, p. 561-565.
- PATEMAN, Carole. 1999. « What's wrong with prostitution? ». *Women's Studies Quarterly*, vol. 27, no. 1-2, p. 53-64.
- PRIEST, Graham. 1997. « Sexual Perversion ». *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 75, no. 3, p. 360-372.
- PRIMORATZ, Igor. 1999. *Ethics and Sex*. Londres, Routledge, 205 p.
- PRIMORATZ, Igor. 2001. « Sexual Morality: Is Consent Enough? ». *Ethical Theory and Moral Practice* vol. 4, no. 3, p. 201-218.
- REMICK, Lani A. 1993. « Read Her Lips: An Argument for A Verbal Consent Standard in Rape ». *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 141, no. 3, p. 1103-1151.
- SCRUTON, Roger. 1986. *Sexual Desire : A Moral philosophy of the Erotic*. New York, The Free Press, 428 p.
- SHERWIN, Emily. 1996. « Infelicitous sex ». *Legal Theory*, vol. 2, no. 3, p. 209-231.
- SIMMONS, A. John. 1979. *Moral principles and political obligations*. Princeton, Princeton University Press, 236 p.
- SOBLE, Alan et Nicholas POWER (dir.). 2008. *The Philosophy of Sex: Contemporary Readings*. 5^e édition. Lanham, Rowman & Littlefield, 535 p.
- SOBLE, Alan. 1996. *Sexual Investigations*. New York/Londres, New York University Press, 319 p.

SOBLE, Alan. 2008. « Sexual Use », dans Alan SOBLE et Nicholas POWER (dir.), *The Philosophy of Sex: Contemporary Readings*, 5^e édition, Lanham, Rowman & Littlefield, p. 259-288.

STEWART, Robert M. (dir.). 1995. *Philosophical Perspectives on Sex & Love*, New York, Oxford University Press, 333 p.

TAYLOR, James Stacey (dir.). 2005. *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and Its Role in Contemporary Moral Philosophy*. Cambridge, Cambridge University Press, 350 p.

TAYLOR, James Stacey. 2009. *Practical Autonomy and Bioethics*. New York, Routledge, 211 p.

VALLENTYNE, Peter. 2010. « Libertarianism ». *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (dir.), <http://plato.stanford.edu/archives/fall2010/entries/libertarianism/>.

WATSON, Gary. 1975. « Free Agency ». *Journal of Philosophy*, vol. 72, no. 8, p 205-220.

WERTHEIMER, Alan et Franklin G. MILLER (dir.). 2010. *The Ethics of Consent*. New York/Oxford, Oxford University Press, 416 p.

WERTHEIMER, Alan. 1987. *Coercion*. Princeton, Princeton University Press, 318 p.

WERTHEIMER, Alan. 1996a. « Consent and Sexual Relations ». *Legal Theory*, vol. 2, no. 2, p. 89-112.

WERTHEIMER, Alan. 1996b. *Exploitation*. Princeton, Princeton University Press, 316 p.

WERTHEIMER, Alan. 2003. *Consent to sexual relations*. Cambridge/New York, Cambridge University Press, 293 p.

WOLF, Susan. 1987. « Sanity and the metaphysics of responsibility », dans Ferdinand D. SCHOEMAN (dir.), *Responsibility, character, and the emotions: new essays in moral psychology*, Cambridge, Cambridge University Press, p. 46-62.