

TEXTE D'ANALYSE
N°17/2023

PUBLICATION SUR SITE
WEB : DECEMBRE 2023

AUTRICE :
LUCIE BREYER –
ASSISTANTE EN DROIT
PENAL ET DE LA
PROCEDURE PENALE A
L'UCL

LA NOUVELLE DEFINITION DU (NON-) CONSENTEMENT DANS LE CODE PENAL « SEXUEL » : LE POIDS DE LA PREUVE QUI INCOMBE TOUJOURS A LA VICTIME

« Le (non-)consentement », notion transdisciplinaire qui trouve une place spécifique au sein du droit pénal en matière sexuelle par sa position centrale dans les cas d'agressions sexuelles, a fait l'objet d'une attention encore plus particulière récemment dans le cadre de la réforme du Code pénal « sexuel ». Comment définir juridiquement un tel concept, et surtout, comment la preuve de son existence ou de sa non-existence peut impacter la victime en droit pénal ?

Enfin une vraie définition du « consentement » ?

Le 1^{er} juin 2022 est entrée en vigueur la réforme du Code pénal en matière sexuelle, qui avait été adoptée le 17 mars de la même année à la Chambre des représentants. Le droit pénal « sexuel » fait l'objet d'une vigilance accrue de la part notamment des mouvements féministes, cette matière régissant les agressions sexuelles. C'est dans ce cadre que plusieurs associations féministes réunies au sein du Réseau Face, dont l'Université des Femmes, ont relevé plusieurs points d'attention durant le processus législatif de cette réforme.

Un point crucial, très attendu par une partie des féministes, a été la promesse d'une nouvelle définition du « consentement »¹. Le consentement est une notion centrale lorsque l'on aborde les violences sexuelles. Bien que la notion même de consentement soit réfléchi et débattu au sein du milieu féministe, au vu du questionnement relatif à la possibilité même de consentir dans un contexte d'oppression subie par les femmes dans notre société occidentalo-patriarcale, et parce qu'elle pose aussi la question plus spécifique de sa différenciation avec la notion de désir², elle reste un indispensable dans notre système pénal actuel.

En Belgique en matière pénale sexuelle, il n'existait aucune définition explicite du consentement. Seul l'ancien article 375 du Code pénal mentionnait : « *Tout acte de pénétration, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol. Il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte, menace, surprise ou ruse, ou a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime. (...)* ».

Il s'agissait d'une définition par la négative, qui disait ce que le consentement n'était pas, dans le cadre d'un viol. Cette définition posait plusieurs difficultés, dont celle de ne pas refléter les diverses réalités qui entourent les faits de viol, et qui sortent bien souvent d'une infraction commise dans la rue, la nuit, par un inconnu, avec l'usage de la contrainte et/ou de la violence explicites. On sait que ces cas ne représentent pas la majorité, bien qu'existants, mais que c'est aussi souvent le mécanisme d'état de sidération³ qui empêche la victime de réagir pendant une agression sexuelle.

La réforme du droit pénal « sexuel » de 2022 a donc pris en compte nombreuses des revendications insistant sur la nécessité d'une définition plus claire et plus large de la notion de consentement. Le nouvel article 417/5 du Code pénal a pour ambition une « *définition du consentement en matière de droit à l'autodétermination sexuelle* », suivant laquelle « *le consentement suppose que celui-ci a été donné librement. Ceci est apprécié au regard des circonstances de l'affaire. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime. Le consentement peut être retiré à tout moment avant ou pendant l'acte à caractère sexuel.* ».

Il ajoute également qu' « *il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis en profitant de la situation de vulnérabilité de la victime due notamment à un état de peur, à l'influence de l'alcool, de stupéfiants, de substances psychotropes ou de toute autre substance ayant un effet similaire, à une maladie ou à une situation de handicap, altérant le libre arbitre.* ».

Et enfin il conclut par affirmer qu' « *en tout état de cause, il n'y a pas consentement si l'acte à caractère sexuel résulte d'une menace, de violences physiques ou psychologiques, d'une contrainte, d'une surprise, d'une ruse ou de tout autre comportement punissable. En tout état*

de cause, il n'y a pas de consentement lorsque l'acte à caractère sexuel a été commis au préjudice d'une victime inconsciente ou endormie. »

C'est donc une définition bien plus large, englobant plus de situations⁴, que nous propose le législateur à travers sa réforme. On ne peut que saluer la prise en considération sérieuse de l'importance de la notion de consentement dans les infractions à caractère sexuel, et notamment du fait que celui-ci ne peut se déduire de l'absence de résistance ce qui engloberait par défaut l'état de sidération mentionné *supra*. Il nous reste cependant à souligner que le législateur ne définit toujours pas précisément ce qu'est le consentement, et se dérobe une nouvelle fois subtilement par l'utilisation de la négative.

Plus de situations englobées... mais qui doit prouver le (non-)consentement ?

Avoir une définition qui dit plus largement ce qu'est, ou plutôt ce que n'est pas, un acte sexuel consenti, peut être considéré comme une belle avancée mais encore faut-il prouver qu'il n'y avait pas consentement. Et c'est là que le législateur est resté, à notre avis, beaucoup trop prudent. Le consentement reste présumé pour tout acte à caractère sexuel. Il convient donc à la victime de prouver qu'il n'y avait pas consentement, en ce compris dans les circonstances nouvellement décrites par le législateur dans sa définition. En droit, on dira que la charge de la preuve incombe toujours à la victime, et non à l'auteur présumé des faits. Alors que l'on sait aujourd'hui à quel point cette preuve peut être difficile à rapporter, le législateur n'a pas pu trancher pour un renversement de la charge de la preuve. Pourtant de nombreuses plaintes pour agressions sexuelles n'aboutissent pas⁵, faute de preuve notamment, et découragées par la difficulté d'apporter ces preuves et la peur de ne pas être crues, entre autres choses, de nombreuses victimes ne portent même pas plainte⁶.

Le Conseil Supérieur de la Justice, dans son rapport « Vers une meilleure approche de la violence sexuelle » de 2019, avait pourtant recommandé au législateur d'examiner la question du renversement de la charge de la preuve⁷.

Partant de ce principe on invoque notamment le fait que l'auteur devait savoir que la victime ne consentait pas ou ne pouvait consentir à l'acte sexuel et que c'est donc à lui qu'incombe la responsabilité⁸. Une définition plus claire, par la positive, de la notion de consentement pourrait

permettre une présomption réfragable de non-consentement ou, en tout cas, d'y tendre plus sérieusement. On peut considérer que c'est notamment ce qu'induit la récente loi espagnole *Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual* entrée en vigueur en octobre 2022, basée sur le principe *solo si es si* (seul un oui est un oui), qui dans son article 178 précise que « *Est passible d'une peine d'emprisonnement d'un à quatre ans, en tant que responsable d'agression sexuelle, quiconque commet tout acte portant atteinte à la liberté sexuelle d'une autre personne sans son consentement. On entend uniquement qu'il y a consentement quand il est manifesté librement moyennant des actes qui, compte tenu des circonstances de l'espèce, expriment clairement la volonté de la personne. (...)* »⁹.

Ainsi en Espagne, il faut désormais que le consentement soit manifesté librement par des actes exprimant de manière claire celui-ci au regard du contexte. Cette définition positive du consentement va plus loin que celle de la Belgique, puisqu'il n'y a plus une supposition de consentement dans tous les cas (« sauf si... »), mais uniquement lorsque l'on rencontre la définition positive. Une telle définition en droit pénal belge amènerait cependant à son tour des nouveaux questionnements, dont celui de l'expression du consentement.

Un renversement de la charge de preuve, c'est aussi ce qu'ont prôné dans une moindre mesure certaines associations féministes, dont Fem&Law. Lors de leur audition devant la Chambre, les membres de Fem&Law ont exprimé le souhait de voir inclure dans la réforme une liste exhaustive reprenant des éléments fondant une présomption simple (ou réfragable)¹⁰. Il s'agirait donc d'établir des cas dans lesquels la victime ne pourrait exprimer son consentement, faisant ainsi du non-consentement la situation par défaut. Fem&Law parle du cas de « *l'altération du libre arbitre à la suite d'une intoxication grave de l'alcool, de prise de stupéfiants, de substances psychotropes ou de toute autre substance* », et du cas où il y a une « *condamnation antérieure pour inceste de l'auteur.e envers la victime* »¹¹. La présomption de non-consentement dans ces deux cas permettrait d'alléger la charge de la preuve pour la victime, qui devrait uniquement prouver la matérialité des faits¹². Cela permettrait de conscientiser la population sur le fait qu'en cas de doute sur le consentement, il convient de s'abstenir¹³. Ce qui nous paraît nécessaire lorsque l'on sait que, selon un sondage réalisé en 2020, un tiers des jeunes pensent que si une personne ne dit pas explicitement « non », ça n'est pas un viol, et un quart pensent que si l'autre n'est pas sûr de savoir ce qu'il veut, cela veut dire qu'il est d'accord¹⁴.

De plus, on sait qu'une personne ne peut consentir valablement à un contrat de vente, par exemple, en état d'ivresse. Une présomption de non-consentement dans le même cas en matière pénale sexuelle paraît donc plus qu'envisageable¹⁵.

Le repos de la charge de la preuve sur la victime entraîne et renforce les stéréotypes de genre liés aux agressions sexuelles. Dans ces cas, ce sont principalement les comportements de la victime qui sont analysés et sans cesse remis en question lors des procédures judiciaires. Un tel système participe à la « victimisation secondaire » ou « double peine des victimes », quand celles-ci doivent encore parfois se justifier et difficilement prouver devant la justice qu'elles sont victimes.

A titre d'exemple, on peut citer l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CrEDH) *J.L. contre Italie* datant de 2021, dans lequel la CrEDH a estimé, concernant une affaire de violences sexuelles, que les références de la Cour d'appel de Florence à la tenue vestimentaire de la victime, à sa sexualité, à ses relations sentimentales, à son attitude « ambivalente vis-à-vis du sexe » ou à sa « vie non linéaire » n'étaient pas justifiées. La CrEDH a ajouté : « *il est dès lors essentiel que les autorités judiciaires évitent de reproduire des stéréotypes sexistes dans les décisions de justice, de minimiser les violences contre le genre et d'exposer les femmes à une victimisation secondaire en utilisant des propos culpabilisants et moralisateurs propres à décourager la confiance des victimes dans la justice* »¹⁶.

Un renversement de la charge de la preuve, ou à tout du moins une présomption de non-consentement dans certains cas comme le proposait Fem&L.A.W., aurait permis à la Belgique d'écarter le plus possible ces cas de double victimisation.

On peut aussi mentionner qu'en droit de la non-discrimination, une directive européenne de 1997 relative à la charge de la preuve dans le cas de discrimination fondée sur le sexe, prévoit en son article 4 un renversement de la charge de la preuve qui incombe à l'auteur présumé de la discrimination. Cette directive part du postulat qu'il est difficile pour les personnes victimes de discrimination de prouver celle-ci et qu'il est pertinent, dans une démarche d'égalité de genre, de faciliter la charge de la preuve aux personnes en position de vulnérabilité. On peut donc questionner le fait qu'il ait paru si unimaginable au législateur¹⁷ d'adopter un raisonnement similaire en ce qui concerne les violences sexuelles.

Par cela, c'est aussi une négation complète de l'impact différencié du droit pénal « sexuel » sur les hommes et les femmes, qui est réaffirmé explicitement¹⁸ et implicitement¹⁹ par le législateur. On peut plus largement regretter une absence de mention de la dimension sexo-spécifique des violences sexuelles dans cette réforme.

Conclusion

En ayant à l'esprit que le droit pénal, en ce compris un renversement de la charge de preuve, ne peut prétendre régler toute la problématique des violences sexuelles, ces dernières prenant corps également dans un cadre plus systémique au-delà des cas individuels, on ne peut nier l'importance que le système pénal actuel garde pour certaines victimes et dans la conscience collective. Dans ce contexte, il nous paraît opportun et impératif d'analyser, de critiquer, et d'appréhender avec des lunettes féministes la législation existante. La nouvelle définition du non-consentement en droit pénal « sexuel » reste une avancée non-négligeable vers une meilleure appréhension des violences sexuelles, mais ne peut satisfaire complètement les attentes de nombreuses associations féministes travaillant sur la question. Il conviendra de rester vigilant.e.s quant à l'application et l'usage de cette notion par le monde judiciaire, et à évaluer les impacts de la réforme dans les faits.

NOTES

¹ Nous n'aborderons ici que la place de la notion de consentement dans le cadre des agressions sexuelles concernant les personnes majeures. Nous n'aborderons donc, par exemple, pas le cas spécifique de l'inceste.

² A ce sujet, voir notamment Mathieu, Claude-Nicole, *Quand céder n'est Pas Consentir : des déterminants Matériels et Psychiques de La Conscience Dominée des femmes, et de Quelques-unes de Leurs Interprétations En Ethnologie*. Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 1985 et Le Maqueresse, Catherine, De la centralité du consentement, *Les Cahiers de la Justice* 4, n° 4, 2021, pp. 613-23.

³ « La sidération (...) est une réaction physiologique à une menace aigue (...). Lorsqu'une personne se retrouve dans un état de sidération, cela peut se manifester par une immobilité, un ralentissement ou même des mouvements très automatisés. La respiration est également affectée, ce qui fait que la personne concernée est dans l'incapacité de crier ou d'appeler à l'aide. », dans Amnesty International Suisse. « Une réaction complètement normale ». Consulté le 24 novembre 2023. <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/docs/une-reaction-completement-normale#:~:text=Par%20Fabienne%20Engler%2C%20publi%C3%A9%20dans,traite%20des%20cons%C3%A9quences%20des%20traumatismes>.

⁴ D'autant plus que les critères de vulnérabilités énumérés dans cet article du Code pénal ne sont pas exhaustifs.

⁵ SOS Viol, « Campagne Amnesty International / SOS Viol 2020 ». Consulté le 24 novembre 2023. <https://www.sosviol.be/nos-activites/partenariat-amnesty-international/campagne-amnesty-international-sos-viol-2020/>

⁶ Amnesty International, « Sondage sur le viol : chiffres de 2020 ». Consulté le 24 novembre 2023. <https://www.amnesty.be/campagne/droits-femmes/viol/article/sondage-viol-chiffres-2020>

⁷ Conseil Supérieur de la Justice, rapport « Vers une meilleure approche de la violence sexuelle », 25 avril 2019. Consulté le 24 novembre 2023. https://lex.igo-ifj.be/sites/2122/files/articles/20190426_seksueel_geweld_.pdf p.15

⁸ Projet de loi modifiant le code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, exposé des motifs, *Doc.*, CH., 202-2021, n°2141/001, p.20

⁹ Notre traduction : « *Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona* ».

¹⁰ Fem&L.A.W. « Audition de Fem&L.A.W. dans le cadre de la réforme du Code pénal, 26 octobre 2021 », 1 octobre 2021. <https://femandlaw.be/audition-de-feml-a-w-dans-le-cadre-de-la-reforme-du-code-penal/p.4>

¹¹ *Ibid.* p. 4

¹² La Chambre, « Justice (Petit) : projet de loi n°2141/1 + propositions de loi jointes + audition », <http://www.lachambre.be/media/index.html?sid=55U2166#video1h44>

¹³ Fem&L.A.W. « Audition de Fem&L.A.W. dans le cadre de la réforme du Code pénal, 26 octobre 2021 », 1 octobre 2021. <https://femandlaw.be/audition-de-feml-a-w-dans-le-cadre-de-la-reforme-du-code-penal/p.5>

¹⁴ Amnesty International, « Sondage sur le viol : chiffres de 2020 ». Consulté le 24 novembre 2023. <https://www.amnesty.be/campagne/droits-femmes/viol/article/sondage-viol-chiffres-2020>

¹⁵ Pour une analyse comparant consentement en matière contractuelle et consentement en matière pénale, voir Bernard, Diane, Letellier, Laure, Réforme du Code pénal : quelques éléments d'une analyse au prisme du genre, in Rizzo, A., (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Editions Larcier, 2022, pp. 15-48

¹⁶ Cour eur. D.H., arrêt *J.L. c. Italie*, 27 mai 2021

¹⁷ L'exposé des motifs du projet de loi affirme notamment qu'un « *renversement complet de la charge de la preuve, dans le sens où le non-consentement est toujours présumé en cas d'actes à caractère sexuel et où le consentement préalable doit pouvoir être prouvé par le suspect, semble aller trop loin* », dans Projet de loi modifiant le code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°2141/001, p.20

¹⁸ La fiche d'impact de projet de loi indiquant entre autres qu'il n'y a pas de différence dans la situation respective des hommes et des femmes dans cette matière, dans Projet de loi modifiant le code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 2020-2021, n°2141/001, p.125

¹⁹ En démontre notamment la prétendue neutralité de genre choisie dans la rédaction du projet de loi. A ce propos, voir Bernard, Diane, Letellier, Laure, Réforme du Code pénal : quelques éléments d'une analyse au prisme du genre, in Rizzo, A., (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Editions Larcier, 2022, pp. 15-48

BIBLIOGRAPHIE

Mathieu, Claude-Nicole, *Quand céder n'est Pas Consentir : des déterminants Matériels et Psychiques de La Conscience Dominée des femmes, et de Quelques-unes de Leurs Interprétations En Ethnologie*. Editions de l'Ecole des hautes études en sciences sociales, 1985

Le Maqueresse, Catherine, De la centralité du consentement, *Les Cahiers de la Justice* 4, n° 4, 2021, pp. 613-23

Bernard, Diane, Letellier, Laure, Réforme du Code pénal : quelques éléments d'une analyse au prisme du genre, in Rizzo, A., (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Bruxelles, Collection de la Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, Editions Larcier, 2022, pp. 15-48

Amnesty International Suisse. « Une réaction complètement normale ». Consulté le 24 novembre 2023. <https://www.amnesty.ch/fr/themes/droits-des-femmes/violence-sexuelle/docs/une-reaction-completement-normale#:~:text=Par%20Fabienne%20Engler%2C%20publi%C3%A9%20dans,traite%20des%20cons%C3%A9quences%20des%20traumatismes>.

SOS Viol, « Campagne Amnesty International / SOS Viol 2020 ». Consulté le 24 novembre 2023. <https://www.sosviol.be/nos-activites/partenariat-amnesty-international/campagne-amnesty-international-sos-viol-2020/>

Amnesty International, « Sondage sur le viol : chiffres de 2020 ». Consulté le 24 novembre 2023. <https://www.amnesty.be/campagne/droits-femmes/viol/article/sondage-viol-chiffres-2020>

Conseil Supérieur de la Justice, rapport « Vers une meilleure approche de la violence sexuelle », 25 avril 2019. Consulté le 24 novembre 2023. https://lex.igo-ifj.be/sites/2122/files/articles/20190426_seksueel_geweld_.pdf p.15

Projet de loi modifiant le code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, exposé des motifs, *Doc.*, Ch., 202-2021, n°2141/001

Fem&L.A.W. « Audition de Fem&L.A.W. dans le cadre de la réforme du Code pénal, 26 octobre 2021 », 1 octobre 2021. <https://femandlaw.be/audition-de-feml-a-w-dans-le-cadre-de-la-reforme-du-code-penal/>.

La Chambre, « Justice (Petit) : projet de loi n°2141/1 + propositions de loi jointes + audition », <http://www.lachambre.be/media/index.html?sid=55U2166#video>
Cour eur. D.H., arrêt *J.L. c. Italie*, 27 mai 2021