

TEXTE D'ANALYSE
N°10/2024

JULIETTE KEPPELNE

PUBLICATION SUR LE SITE
WEB :
AUTOMNE 2024

AUTRICE :
JULIETTE KEPPELNE
JURISTE ET MILITANTE
FÉMINISTE

LE CONSENTEMENT SEXUEL FÉMININ À TRAVERS L'HISTOIRE : LA RÉFORME DU DROIT PÉNAL SEXUEL SONNE-T-ELLE LE GLAS DU PATRIARCAT ?

Au cœur des débats juridiques et sociétaux, le consentement se révèle être bien plus qu'un accord formel entre deux partenaires : il représente une lueur d'espoir dans la lutte visant à mettre un terme aux violences sexuelles dont les femmes sont, aujourd'hui encore, les victimes majoritaires. En examinant les évolutions de la question du consentement et des violences sexuelles au travers les âges, l'autrice a cherché à mettre en lumière les motifs profonds derrière les violences sexuelles systémiques subies par les femmes.

Cette perspective rétrospective a permis de mieux appréhender l'ambition du législateur de 2022 de réformer le Code pénal en matière de droit sexuel. Dans les lignes qui suivent, on analyse alternativement les représentations sociétales et juridiques du consentement, sur plusieurs périodes temporelles. Cette comparaison met en lumière le gouffre qui peut exister entre les pratiques sociales et les lois.

Aperçu historique du consentement à la fin de l'Ancien Régime (1600-1789)

La tendance générale aux 17^e et 18^e siècles est celle de la banalisation et de la normalisation du viol. Celui-ci n'y incarne qu'une modalité au sein d'un ensemble de brutalités physiques et morales, de violences quotidiennes et ordinaires¹. L'Ancien Régime représente une autre ère de la sensibilité, et les attitudes vis-à-vis du consentement et de l'intégrité du corps y sont bien

différentes de ce qu'il en est aujourd'hui. Le viol y fait l'objet d'une vision propre, avec un regard tendant à minimiser la représentation de la violence. La brutalité qu'il incarne est souvent peu consciente chez l'agresseur, effacée par l'immédiateté de son désir, intensifiant la honte éprouvée par la victime. Ce sentiment de culpabilité fait directement obstacle à la plainte, encourageant la victime à se taire².

Par ailleurs, la résistance féminine a une signification ambiguë dans l'imaginaire de la société de l'Ancien Régime. Lorsqu'elle est accompagnée de cris, elle atteste de l'absence de consentement. Mais lorsqu'elle se fait plus discrète, elle est considérée comme un jeu érotique faisant partie de la séduction et destinée à flatter la force masculine, l'agresseur devant surmonter ces réticences et imposer l'acte sexuel désiré. Le désir est perçu comme une évidence à laquelle la victime est nécessairement associée : si elle fait preuve d'autant de résistance, ce n'est pas parce qu'elle ne désire pas l'acte sexuel, mais au contraire parce qu'elle le sollicite et s'efforce d'attiser l'ardeur des hommes. La résistance féminine étant considérée comme une attitude feinte, elle est sans cesse remise en cause, et il est alors communément admis que lorsque les femmes disent « non », elles pensent en réalité « oui ».

Dans le même temps, le viol, comme bon nombre de violences sous l'Ancien Régime, est sévèrement puni par les textes de droit classique. Faisant office de lois, ils ne prennent toutefois pas l'apparence de législations formelles : ils existent plutôt sous la forme d'articles de coutumiers, d'avis de jurisconsultes³ ou encore de références de jurisprudence. Ils sont donc bien loin de constituer une pénalité unifiée, qui conduirait à des jugements prévisibles et identiques. Ainsi, la justice de l'Ancien Régime dispose d'une large marge de manœuvre, laissant aux juges une part d'arbitraire pour le choix de la peine.

Dans la pratique, les tribunaux se montrent tolérants face aux viols, comme ils le sont face à d'autres brutalités physiques, allant parfois même jusqu'à les justifier. Ils condamnent le viol tout en l'excusant, oscillant ainsi entre indulgence et répression, jouant avec ce qui serait aujourd'hui considéré comme une inacceptable tolérance. C'est dans cette incertitude entre dureté et tolérance qu'il faut comprendre les poursuites pour viol sous l'Ancien Régime. S'il est reconnu par la loi, il est souvent dénié dans les faits et l'application effective de la loi reste insatisfaisante. La tolérance des juges face aux crimes sexuels se traduit souvent par leur résistance à prononcer des sentences à l'encontre des agresseurs⁴.

Dans la pratique juridique, l'argumentaire du consentement demeure limité à des réflexions mécaniques : le viol tenté par un homme seul sur une femme résolue serait impossible pour de simples raisons physiques, la femme disposant toujours de « moyens » suffisants⁵. Les juges s'aventurent donc peu, voire pas du tout, dans l'intériorité personnelle des victimes, les contraintes subjectives et les pressions ressenties.

Aperçu historique du consentement durant l'époque moderne (1789-1960)

La fin du 18^e siècle s'accompagne d'une nouvelle perception de la violence, faisant des rituels de justice et des spectacles de douleur des pratiques de moins en moins acceptées⁶. La violence est d'autant plus redoutée qu'elle devient de moins en moins familière dès le 19^e siècle, mais la curiosité et l'intérêt pour le crime sexuel restent présents. Le mouvement de respect de la dignité humaine n'a en effet pas trouvé sa traduction immédiate sur le plan des violences sexuelles, pour lesquelles les mentalités évoluent très lentement⁷.

Le concept de consentement sexuel demeure dissimulé derrière la persistance des violences sexuelles, imposant à l'historien·ne la tâche de tenter de l'entrevoir au travers d'une page d'un roman ou d'un journal intime. Fort heureusement, le 19^e siècle abonde en écrits provenant du for privé féminin, offrant ainsi un large accès à la sexualité féminine. Si, dans la société de l'Ancien Régime, la honte ressentie par les victimes les poussait à dissimuler les violences sexuelles, la période postrévolutionnaire marque un tournant en matière d'émancipation de la parole. Certaines romancières du 19^e siècle dénoncent de manière extrêmement claire et virulente les violences sexuelles faites aux femmes, témoignant d'un courage admirable dans un univers littéraire dominé par les hommes et très peu sensible à la problématique du consentement. Elles sortent alors du domaine littéraire qui leur était réservé et dénoncent le paysage romanesque empreint de la culture du viol⁸.

De 1791 à 1867, un travail législatif de rééchelonnement des violences est effectué. La période révolutionnaire porte sur une nouvelle vision du droit, une nouvelle façon de désigner la victime et de calculer la peine. C'est donc une pénalisation plus constante qui succède à la large impunité de l'Ancien Régime : les sentences prononcées sont plus fréquentes, les agresseurs plus fermement condamnés, les victimes mieux protégées. Des violences « inférieures » à celle

du viol sont reconnues, suggérant une sensibilité nouvelle des juges face aux violences sexuelles. La lecture des textes est ainsi plus inclusive, et les violences sexuelles sont interprétées de manière large, permettant *en principe* d'étendre les condamnations et de prétendre à une rigueur plus grande⁹.

Le bouleversement promis par l'adoption des codes demeure toutefois largement théorique en matière de violences sexuelles faites aux femmes et une irréductible distance entre les textes et les mœurs de la société de l'époque subsiste. Si la littérature parvient à donner une voix aux violences sexuelles subies par les femmes, le fardeau de la honte reste un paramètre important aux 19^e et 20^e siècles. Les plaintes n'augmentent donc pas brusquement et le viol reste profondément lié à des préjugés d'obscénité. Ainsi, le renouvellement de la sensibilité sur le crime de viol ne s'accompagne pas d'un accroissement équivalent des poursuites.

De plus, au 19^e siècle, pour évaluer la gravité d'un comportement, il est coutume d'avoir recours à un expert : le médecin légiste. Les aveux sont rares, les témoignages insuffisants et seul l'examen corporel peut apporter des éléments de vérité. À l'époque, une accusation de viol ne peut être accueillie qu'à quatre conditions : « 1^o qu'il y ait eu une résistance constante et toujours égale de la prétendue violée ; 2^o qu'il y ait eu une inégalité évidente de ses forces avec celle du prétendu violeur ; 3^o qu'elle ait poussé des cris ; 4^o qu'il soit resté sur elle des traces de la violence qui lui aurait été faite »¹⁰. Pour résoudre ces questions, la preuve la plus convaincante ne semble pas être le témoignage de la victime, mais les traces d'une défloration récente relevée par les médecins légistes sur le corps de celle-ci : des hématomes et des contusions, et une déchirure de l'hymen. La parole d'une plaignante ne saurait donc suffire à faire condamner un homme qu'elle accuse de l'avoir violée car les médecins légistes considèrent que les femmes sont jalouses, vindicatives et calomniatrices¹¹.

La recherche des signes de viol assimilée à la recherche d'une déchirure de l'hymen a évidemment pour effet de créer un vide de protection juridique pour certaines femmes. Une femme mariée ou une fille célibataire anciennement « déflorée » pourra en effet difficilement faire entendre sa plainte car « chez les femmes ou les filles déflorées depuis longtemps, il ne peut y avoir aucune lésion du côté des organes génitaux »¹². Ainsi, si les soupçons pèsent de manière moins ouverte sur la victime que sous l'Ancien Régime, ils ne disparaissent pas pour

autant : soutenues par la médecine, les techniques de décrédibilisation de la femme violée se font plus calculées et sophistiquées.

La place du consentement dans la société postmoderne (1960 – ...)

Au tournant des 20^e et 21^e siècles, les cas de viols persistent, mettant en lumière une culture du viol¹³ bien présente malgré les mouvements de sensibilisation et l'évolution sociétale. Dans la représentation collective, le viol est souvent imaginé comme un crime commis sous la menace, par un individu dangereux qui agit de manière incontrôlable. Or, bien que ce type de configuration existe, il est loin d'être le scénario le plus fréquent¹⁴ : les violences perpétrées contre les femmes sont généralement le fait d'hommes connus de ces dernières, voire de proches. Cette particularité distingue les violences subies par les femmes de celles subies par les hommes : lorsqu'un homme est agressé, c'est la plupart du temps par d'autres hommes qui lui sont inconnus. Cette distinction revêt une grande importance, car elle implique que les femmes sont exposées de façon *récurrente* à leur-s agresseur-s, et qu'il leur est difficile de s'y soustraire¹⁵.

Ce détour par les mythes du viol et l'imaginaire collectif entourant les violeurs a pour objectif de remettre en cause une intuition communément admise au sujet du consentement : le non-consentement relève du domaine de l'exceptionnel. Or, en réalité, il est démontré que l'expérience du viol est extrêmement répandue, et surtout que celle des rapports sexuels non *pleinement* consentis est largement partagée¹⁶.

La loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel renverse radicalement l'ancienne approche patriarcale des infractions sexuelles. Dans sa version ancienne, le Code pénal ne réprimait l'agression sexuelle sur une personne majeure que s'il était question de contrainte ou de violence, mais ne visait pas *expressis verbis*¹⁷ l'absence de consentement. Il convenait que le législateur remplisse son rôle en embrassant la réalité des mœurs actuelles et en faisant face aux limites de la pratique qui vise à lutter contre les violences sexuelles¹⁸.

La réforme du droit pénal sexuel comporte néanmoins plusieurs insuffisances, suggérant qu'elle pourrait ne pas atteindre pleinement les objectifs escomptés. L'une d'entre elle réside dans la

prétention de neutralité de genre dans la rédaction des incriminations. Le problème de cette perspective juridique traditionnelle est qu'elle ne tient pas compte du fait que les hommes exercent un pouvoir sur les femmes. Or, dans un tel contexte d'inégalités et de rapports de force, le fait qu'une femme donne son assentiment ne garantit pas que celui-ci soit volontaire au sens d'un choix librement voulu.

Dénoncer ce biais ne relève pas que d'un combat symbolique ; il s'agit également d'un souci d'ordre pratique. Les politiques présentées comme neutres entraînent des répercussions très concrètes, par exemple sur les budgets alloués à la lutte contre les violences envers les femmes¹⁹. Les politiques neutres comportent en effet le risque que les interventions des professionnel·les ne tiennent pas compte de la dimension de genre, ce qui peut conduire à des lacunes dans la protection des femmes et contribuer à leur victimisation secondaire, en leur infligeant un préjudice supplémentaire par des attitudes ou procédures inadaptées. Il semble dès lors impératif de qualifier ce phénomène tel qu'il existe réellement : de façon *non neutre*, différenciée selon qu'on examine la situation des hommes ou des femmes.

Conclusion

Certes, les réformes juridiques de ces dernières années représentent des avancées significatives. En revanche, elles ne peuvent pas garantir automatiquement une hausse des taux de condamnations pour violences sexuelles, et encore moins une diminution de ces violences. La réforme du droit pénal sexuel ne peut pas, à elle seule, démanteler la culture du viol ou créer une culture du consentement. La loi demeure étroitement liée aux perceptions sociales des violences sexuelles, et pour aboutir à une véritable transformation des mentalités, il convient d'investir des efforts considérables dans l'éducation, la sensibilisation et la remise en question des normes culturelles prédominantes. Les règles juridiques ne sont que le produit des facteurs sociaux qui les engendrent et les maintiennent, et ce sont ces derniers qui doivent faire l'objet d'une attention prioritaire : la loi peut prescrire des règles, mais c'est bien la société qui doit les appliquer en dernier ressort²⁰.

Notes

¹ G. Lancereau, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *Échos des lumières*, octobre 2019.

² G. Vigarello, *Histoire du viol. XVI^e-XX^e siècle*, Éditions du Seuil, 1998, p. 33-40. Dans les paragraphes qui suivent et sauf mentions contraires, les informations proviennent du même ouvrage, entre les pages 15 et 34.

³ La coutume désigne une norme de droit objectif fondée sur une tradition populaire, c'est-à-dire une pratique générale acceptée et reconnue comme ayant force de loi. Le juriconsulte désigne celui qui donne des consultations juridiques et prodigue des conseils en la matière.

⁴ F. Tazdaït, « Viol et violence », *Topique*, n°143, 2018, p. 33.

⁵ E. Ronai, « Histoire du viol », dans E. Ronai et E. Durand (dir.), *Violences sexuelles. En finir avec l'impunité*, Dunod, 2021, p. 11.

⁶ M. Bernard, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, Éditions Arkhê, 2021, p. 146.

⁷ V. Le Goaziou, *Viol. Que fait la justice ?*, Presses de Sciences Po, 2019, p. 30.

⁸ L. Nizard, « La plume amazone à l'assaut du viol. Romancières du Second XIX^e siècle engagées contre les violences sexuelles », *TraHs*, n°6, 2019, p. 18.

⁹ G. Vigarello, *op. cit.*, p. 118-121. Idem pour le paragraphe suivant.

¹⁰ F.-E. Fodéré, *Traité de médecine légale*, Mame, 1813, p. 327 ; cité dans L. Ferron, « Prouver le crime de viol au XIX^e siècle », dans B. Lemesle (dir.), *La preuve en justice. De l'Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 213.

¹¹ L. Ferron, « Déconstruction des discours des manuels de médecine légale sur les femmes violées », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 2001.

¹² A. Lacassagne, *Précis de médecine judiciaire*, Masson, 1878, p. 470.

¹³ L'expression culture du viol ou *rape culture* est née dans les années 1970 sous l'impulsion des féministes américaines. Elle désigne une société dans laquelle la violence sexuelle est considérée comme une norme. Autrement dit, elle invite à penser la violence sexuelle en termes culturels et non individuels, comme une pratique inscrite dans la norme qui la rend possible en la tolérant voire en l'encourageant.

¹⁴ M. Garcia, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Climats, 2021 p. 17.

¹⁵ A. Debauche et C. Hamel, « Violence des hommes contre les femmes : quelles avancées dans la production des savoirs ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 32, n°1, 2013, p. 5.

¹⁶ M. Garcia, *op. cit.*, p. 18.

¹⁷ C'est-à-dire « de manière explicite ».

¹⁸ M. Alié, « La notion de consentement dans le nouveau Code pénal sexuel : fil d'Ariane ou future pierre d'achoppement ? », dans A. Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Larcier, 2022, p. 80 ; ainsi que D. Bernard et L. Letellier, « Réforme du Code pénal : quelques éléments d'une analyse au prisme du genre », dans A. Rizzo (dir.), *Ibid.*, p. 16.

¹⁹ Voir notamment Grevio, *Rapport d'évaluation de référence Belgique*, juin 2020, p. 7.

²⁰ D. Heirbaut, « De vrouwen (on)rechtsgeschiedenis van Napoleon tot vandaag: een verhaal van voortdurende vooruitgang? » dans E. Brems, P. Cannoot et L. Stievens, *Recht en gender in België : 10 jaar later*, Die Keure, 2021, p. 90.

Bibliographie

- ALIÉ, Maryse, « La notion de consentement dans le nouveau Code pénal sexuel : fil d’Ariane ou future pierre d’achoppement ? », dans Anthony Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Larcier, 2022, p. 79-108.
- BERNARD, Diane et LETELLIER, Laure, « Réforme du Code pénal : quelques éléments d’une analyse au prisme du genre », dans Anthony Rizzo (dir.), *Le nouveau droit pénal sexuel*, Larcier, 2022, p. 15-48.
- BERNARD, Maëlle, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l’âge de la rupture*, Éditions Arkhê, 2021.
- DEBAUCHE, Alice et HAMEL, Christelle, « Violence des hommes contre les femmes : quelles avancées dans la production des savoirs ? », *Nouvelles questions féministes*, vol. 32, n°1, 2013, p. 4-14.
- FERRON, Laurent, « Déconstruction des discours des manuels de médecine légale sur les femmes violées », *Cahiers d’histoire. Revue d’histoire critique*, 2001, disponible ici : <https://journals.openedition.org/chrhc/1861>.
- FERRON, Laurent, « Prouver le crime de viol au XIX^e siècle », dans B. Lemesle (dir.), *La preuve en justice. De l’Antiquité à nos jours*, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 211-219.
- FODÉRE, François-Emmanuel, *Traité de médecine légale*, Mame, 1813.
- GARCIA, Manon, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Climats, 2021.
- GREVIO, *Rapport d’évaluation de référence Belgique*, juin 2020.
- HEIRBAUT, Dirk, « De vrouwen (on)rechtsgeschiedenis van Napoleon tot vandaag: een verhaal van voortdurende vooruitgang? » dans Eva Brems, Pieter Cannoot et Liesbet Stievens, *Recht en gender in België : 10 jaar later*, Die Keure, 2021, p. 89-122.
- KEPPELNE, Juliette, *Approche historico-juridique du consentement sexuel féminin : la réforme du droit pénal sexuel sonne-t-elle le glas du patriarcat ?*, Université catholique de Louvain, 2023.
- LACASSAGNE, Alexandre, *Précis de médecine judiciaire*, Masson, 1878.
- LE GOAZIOU, Véronique, *Viol. Que fait la justice ?*, Presses de Sciences Po, 2019.

-
- LANCEREAU, Guillaume, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *Échos des lumières*, octobre 2019, disponible sur : <https://echosdeslumières.home.blog/2019/10/17/un-crime-au-temps-des-lumières-vivre-dire-et-punir-le-viol-au-xviiieme-siecle/>.
 - NIZARD, Lucie, « La plume amazone à l’assaut du viol. Romancières du Second XIX^e siècle engagées contre les violences sexuelles », *TraHs*, n°6, 2019, p. 12-24.
 - RONAI, Ernestine, « Histoire du viol », dans Ernestine Ronai et Edouard Durand (dir.), *Violences sexuelles. En finir avec l’impunité*, Dunod, 2021, p. 9-19.
 - TAZDAÏT, Fawzia, « Viol et violence », *Topique*, n°143, 2018, p. 31-44.
 - VIGARELLO, Georges, *Histoire du viol. XVI^e-XX^e siècle*, Éditions du Seuil, 1998.