
Cefap Working Paper 2024/1

Approche historico-juridique du consentement sexuel féminin

*La réforme du droit pénal
sexuel sonne-t-elle le glas du
patriarcat ?*

Juliette Keppenne

Les Cefap Working Papers sont publiés en *open access* sur le site du Centre de droit de la personne, de la famille et de son patrimoine de l'UCLouvain (Cefap).

Ils ont pour objectif d'assurer la mise en valeur et la diffusion des meilleurs travaux réalisés par les mémorant.e.s en droit de la personne et de la famille et en droit patrimonial de la famille.

Ils servent aussi à mettre en évidence certains travaux originaux réalisés par les membres académiques et scientifiques du Cefap et ne se prêtant pas nécessairement à une publication traditionnelle, comme les textes d'interventions orales ou les comptes-rendus de séminaires.

Pour vous informer sur les activités du Cefap :

<https://uclouvain.be/fr/instituts-recherche/juri/cefap>

RESUME / ABSTRACT

Au cœur des débats juridiques, sociétaux et féministes, le consentement se révèle bien plus qu'un simple 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.

C'est en réponse aux mouvements féministes contemporains tels que #MeToo et #BalanceTonPorc que le législateur a entrepris, en 2022, une réforme du Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel. Cette réforme a abouti à l'incorporation d'une définition du consentement au sein du Code pénal, tandis que les dispositions relatives aux infractions sexuelles ont été méticuleusement révisées, reflétant ainsi l'engagement du législateur à mieux appréhender et sanctionner les actes de violences sexuelles.

Mais qu'implique réellement le consentement ? Est-il toujours réalisable dans des situations de vulnérabilité ? Comment le facteur de consentement a-t-il évolué au cours des derniers siècles ? Une question plus épineuse encore : peut-on vraiment parler de consentement total et entièrement libre tant que persiste l'ombre des mécanismes de domination sociale ? Le présent mémoire a pour objectif d'explorer ces questions cruciales en adoptant une approche historique, juridique et féministe. En examinant les évolutions de la question du consentement et des violences sexuelles au travers des âges, nous chercherons à mettre en lumière les motifs profonds derrière les violences sexuelles systémiques subies par les femmes.

TABLE

INTRODUCTION	6
CHAPITRE 1.	1
APERÇU HISTORIQUE DU CONSENTEMENT À LA FIN DE L'ANCIEN RÉGIME (1600-1789)	8
SECTION 1. REPRÉSENTATIONS SOCIÉTALES DU CONSENTEMENT	8
§ 1. Dans le mariage : les femmes à l'épreuve de leur conjugalité	8
A. Une culture construite sur la contrainte sexuelle : le devoir conjugal et de procréation	8
B. Les implications des contraintes maritales sur le consentement féminin.....	10
§ 2. En dehors du mariage : les racines d'une culture de l'impunité	11
A. La banalisation du viol : une violence parmi tant d'autres.....	11
B. L'invisibilisation du viol : la honte dissimulant la violence	13
C. L'érotisation de la résistance féminine et la suspicion du consentement.....	14
SECTION 2. REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DU CONSENTEMENT.....	15
§1. Dans le mariage : la négligence des violences sexuelles conjugales	15
A. Le viol entre époux : un concept juridique inexistant	15
B. De quelques procédures civiles dévoilant des violences sexuelles entre époux.....	16
1. Les actions en nullité pour défaut de consentement au mariage	16
2. Les actions en séparation de corps et de biens.....	18
§2. En dehors du mariage : le viol, entre tolérance et répression	19
A. L'incrimination théorique du viol : une indulgence sociale et judiciaire	19
1. La qualification du crime de viol	19
2. Entre sévérité des textes et pratique pénale	20
3. Le fardeau de la preuve : la résistance de la victime comme condition du viol ...	21
B. Les critères de gravité et de condamnation du viol : une impunité sélective	24
1. L'âge et l'impuberté de la victime.....	24
2. Le statut social de la victime et de l'agresseur.....	24
C. La victime de viol : une figure inexistante ?	26
SECTION 3. À LA CROISÉE DES NORMES SOCIÉTALES ET DES NORMES JURIDIQUES	27
CHAPITRE 2.	29
APERÇU HISTORIQUE DU CONSENTEMENT DURANT L'ÉPOQUE MODERNE (1789-1960).....	29
SECTION 1. REPRÉSENTATIONS SOCIÉTALES DU CONSENTEMENT	29
§1. Dans le mariage : ordres et désordres dans la sexualité conjugale	29
A. Le début du 19 ^e siècle : la conjugalité comme cadre nécessaire à la sexualité	29
1. La perpétuation d'une sexualité nécessaire et due ?.....	29
2. Façonner les « oies blanches » : implications sur le consentement.....	31
B. La fin du 19 ^e et le début du 20 ^e siècles : les prémices de l'émancipation sexuelle ...	33
1. Vers une sexualité plus libérée et épanouie ?.....	33
2. La remise en cause du modèle des « oies blanches »	34
§ 2. En dehors du mariage : une nouvelle approche des violences sexuelles ?	35
A. L'émergence d'une nouvelle vision de la violence	35
B. Lorsque les femmes dénoncent : la mise en lumière des violences sexuelles au travers de la littérature.....	36
C. La comédie de résistance comme stratégie de séduction.....	37
SECTION 2. REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DU CONSENTEMENT.....	38
§1. Dans le mariage : les prémices du crime de viol conjugal	38
§2. En dehors du mariage : renforcer (timidement) la sévérité des sanctions	39
A. Une révolution par les codes ?	40
1) L'adoption du Code pénal de 1791 : du crime moral au crime social	40
2) L'adoption du Code pénal de 1810 : l'extension à de nouvelles formes de violences	41
3) L'adoption du Code pénal de 1867 : la protection de l'ordre des familles avant tout	42
B. Vers une justice plus répressive ?	43

C.	Le soupçon de consentement renforcé : l'impact de la médecine légale	44
D.	La victime de viol : de l'invisibilité à la reconnaissance ?	46
	SECTION 3. À LA CROISÉE DES NORMES SOCIÉTALES ET DES NORMES JURIDIQUES	46
	CHAPITRE 3. LA PLACE DU CONSENTEMENT DANS NOTRE SOCIÉTÉ POSTMODERNE (1960 – ...)	48
	SECTION 1. REPRÉSENTATIONS SOCIÉTALES DU CONSENTEMENT	48
§1.	Dans le mariage : bouleversements dans la sexualité conjugale	48
A.	Une sexualité sans procréation : lorsque les femmes désirent	48
B.	Le devoir conjugal : une pression sociale persistante ?	50
§2.	En dehors du mariage : la fin de l'impunité sociale du viol ?	51
A.	Le fléau persistant des violences sexuelles : déconstruire le mythe du viol	51
B.	#MeToo et #BalanceTonPorc : mouvements de libération de la parole féminine	52
C.	Les « zones grises » du consentement : consentir ou céder à la nécessité ?	54
	SECTION 2. REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DU CONSENTEMENT : LA RÉFORME DU DROIT PÉNAL SEXUEL	56
§1.	Dans la sphère intra-familiale : lorsque le viol conjugal devient un crime	56
A.	La reconnaissance tant attendue du viol entre époux par la loi du 4 juillet 1989	56
B.	Le « viol conjugal » à l'épreuve du nouveau droit pénal sexuel	58
§2.	Dans la sphère exo-familiale : une révolution du consentement ?	60
A.	Dépoussiérage du Code pénal et de son héritage patriarcal	60
B.	La notion de consentement : une reconnaissance évolutive mais tardive	61
1.	Typologie : le consentement envisagé positivement	61
2.	Les situations d'absence de consentement	63
3.	La prétention de neutralité de genre des violences sexuelles : un postulat inadéquat ?	65
4.	La charge de la preuve : tension entre principes et difficultés pratiques	67
	SECTION 3. À LA CROISÉE DES NORMES SOCIÉTALES ET DES NORMES JURIDIQUES	70
	CONCLUSION	72

INTRODUCTION

La notion de consentement, régulièrement employée par les juristes, philosophes et féministes, s'est imposée comme un aspect essentiel dans la quête d'égalité des hommes et des femmes. Le consentement nous apparaît aujourd'hui comme le parfait critère de démarcation entre le bien et le mal, distinguant le « bon sexe » du viol. Dans un grand nombre de pays occidentaux, dont la Belgique, l'absence de consentement de la victime s'est enracinée dans la loi comme le fondement juridique déterminant dans l'établissement du crime de viol¹. Pourtant, derrière cette apparente évidence se cachent des zones d'ombres, des subtilités et des enjeux profonds.

Au cœur des débats juridiques, sociétaux et féministes, le consentement se révèle être bien plus qu'un simple 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. C'est en réponse aux mouvements féministes contemporains tels que #MeToo et #BalanceTonPorc que le législateur a entrepris, en 2022, une réforme du Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, dans le but de répondre aux préoccupations croissantes concernant les violences sexuelles. Cette réforme a abouti à l'incorporation d'une définition du consentement au sein du Code pénal, tandis que les dispositions relatives aux infractions sexuelles ont été méticuleusement révisées, reflétant ainsi l'engagement du législateur à mieux appréhender et sanctionner les actes de violences sexuelles.

Mais qu'implique réellement le consentement ? Est-il toujours réalisable dans des situations de vulnérabilité ? Comment appréhender les situations où un-e partenaire modifie complètement son attitude une fois le rapport sexuel entamé ? Comment le facteur de consentement a-t-il évolué au cours des derniers siècles ? Comment la perception sociale de celui-ci peut-elle influencer la manière dont sont traitées les victimes de violences sexuelles ? Une question plus épineuse encore : peut-on vraiment parler de consentement absolu tant que persiste l'ombre des mécanismes de domination sociale ? Comment les facteurs socioculturels et les relations de pouvoir influencent-ils la capacité des femmes à donner un consentement libre et éclairé ? Ces questionnements forment l'épine dorsale de notre recherche, inscrite au sein de ce mémoire non-exhaustif.

Le présent mémoire a pour objectif d'explorer ces questions cruciales en adoptant une approche historique, juridique et féministe. En examinant les évolutions de la question du consentement des femmes adultes au sein des relations hétérosexuelles ainsi que des violences sexuelles au travers des âges, nous

¹ M. GARCIA, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris, Climats, 2021 p. 12.

chercherons à mettre en lumière les motifs profonds derrière les violences sexuelles systémiques subies par les femmes. Cette perspective rétrospective nous permettra de mieux appréhender l'ambition du législateur de 2022 de réformer le Code pénal en matière de droit sexuel. L'étude s'articulera en trois chapitres distincts, chacun couvrant une période temporelle spécifique et explorant le consentement sous différents prismes. Dans chacun de ces trois chapitres, nous opérerons une distinction entre les violences sexuelles perpétrées au sein des relations maritales, et celles survenant en dehors de ce cadre, afin de mieux appréhender les nuances complexes des expériences vécues par les femmes au travers des différentes périodes.

Ainsi, le premier chapitre sera consacré à l'étude des violences sexuelles à la fin de l'Ancien Régime, et plus précisément aux 17^e et 18^e siècles, dont l'exploration nous fournira un point de départ pour comprendre la genèse des inégalités sexuelles. Il s'agit d'une période où les relations maritales et extra-conjugales avaient des dynamiques distinctes, marquées par des normes et des attentes profondément enracinées.

Ensuite, le deuxième chapitre nous mènera à travers une ère plus contemporaine qui émerge après la Révolution française de 1789, souvent perçue comme une période de bouleversements socio-culturels majeurs. Mais ces événements ont-ils véritablement influencé la perception du consentement sexuel et des violences sexuelles faites aux femmes ?

Enfin, le troisième et dernier chapitre sera consacré à l'ère postmoderne, façonnée par les mouvements de libération de la parole féminine. Nous examinerons comment ces mouvements ont contribué à redéfinir la notion de consentement et à sensibiliser à l'ampleur des violences sexuelles subies par les femmes. C'est ici que nous analyserons également comment cette évolution a conduit à la réforme cruciale du droit pénal sexuel de 2022.

Alors que nous plongeons dans l'histoire complexe du consentement sexuel féminin, une question essentielle émerge d'entrée de jeu : l'approche actuelle du consentement dans le nouveau droit pénal sexuel est-elle une réponse adéquate aux violences sexuelles systémiques subies par les femmes ? Est-ce une avancée vers une justice plus équitable, ou au contraire une approche féministe manquée ? À travers cette exploration approfondie et nuancée, nous aspirons à jeter une lumière nouvelle sur la question du consentement sexuel féminin. En déterrants les racines historiques de cette notion, nous tâcherons d'analyser les mécanismes à l'œuvre derrière les violences sexuelles, ainsi que les perspectives offertes par la réforme du droit pénal sexuel.

CHAPITRE 1.

APERÇU HISTORIQUE DU CONSENTEMENT À LA FIN DE L'ANCIEN RÉGIME (1600-1789)

SECTION 1. REPRÉSENTATIONS SOCIÉTALES DU CONSENTEMENT

§ 1. Dans le mariage : les femmes à l'épreuve de leur conjugalité²

A. Une culture construite sur la contrainte sexuelle : le devoir
conjugal et de procréation

Sous l'Ancien Régime, il n'y a pas de sexualité légitime sans mariage, ce dernier étant considéré comme le commencement de la vie amoureuse des deux époux et de leur vie sexuelle commune. Le mariage est ainsi, selon l'expression de l'époque, « le plus sacré des contrats ». Pour que le couple survive et s'épanouisse, le mari y a été doté par la loi d'une puissance lui permettant de contrôler le comportement de sa femme et les actions qu'elle entreprend. La jeune fille devient femme, et de l'autorité du père, elle passe à celle du mari, désormais considéré comme le souverain de sa famille et chargé d'y faire régner l'ordre³.

Dès lors que les époux ont échangé leur consentement et sont unis par les liens sacrés du mariage, ils ne forment plus qu'un. Cette fiction faisant des mariés un seul corps témoigne de l'indistinction de deux êtres que l'on sait pourtant distincts, mais qui sont désormais soumis à une subordination sexuelle réciproque. Autrement dit, l'union des époux fait naître, pour le restant de leur vie conjugale, une obligation d'entretenir une sexualité active avec l'autre. C'est ce que l'on

² M. SORIA, « Violences sexuelles à la fin du Moyen-Âge : des femmes à l'épreuve de leur conjugalité ? », *Dialogue. Familles & couples*, n°208, 2015/2, p. 57.

³ R. BEAUTHIER, « Le juge et le lit conjugal au XIX^e siècle », in *Corps de femmes, sexualité et contrôle social*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2002, p. 42.

appelle plus communément le « *debitum conjugale* », le « devoir conjugal »⁴. En principe, cette obligation s'applique aux deux sexes, chacun des partenaires ayant le devoir de mettre son corps à disposition de l'autre, sans condition⁵. Cependant, il nous paraît évident que les femmes supportaient davantage le devoir conjugal que les hommes, en raison de la structure patriarcale de la société de l'époque. Ainsi, s'il existe une égalité morale entre l'homme et la femme concernant leur devoir conjugal et les liens du mariage, celle-ci vient aussitôt se doubler d'une inégalité sociale⁶, hélas toujours persistante dans une certaine mesure.

Avant tout, pour que cette obligation sexuelle soit valable, il faut que le mariage ait été préalablement consommé lors de la nuit de nocces. Le consentement initial au mariage lors de la cérémonie nuptiale se transforme ensuite, après la consommation de celui-ci, en un consentement perpétuel à la vie conjugale. La volonté maritale ne se réfère dès lors plus au seul consentement initial, mais elle s'étend à un ensemble de comportements postnuptiaux que les époux sont désormais tenus de cultiver tout au long de leur vie commune⁷. Autrement dit, non seulement les relations charnelles caractérisent le mariage, mais elles en sont aussi un effet. Ainsi, les jeunes femmes sont la plupart du temps contraintes, par leurs parents, de partager la chambre de leur époux dès leur nuit de nocces, et ce malgré leur résistance (voy. *infra* section 2, §1, B., 1°)⁸. À l'époque, forcer le consentement de l'épouse à la sexualité conjugale n'est pas perçu comme un acte violent, car celle-ci a le devoir de s'y soumettre.

Les relations sexuelles entre époux étaient autrefois principalement destinées à assurer leur descendance⁹. Animée d'un esprit religieux, la société de l'Ancien Régime associe en effet la sexualité à la reproduction, considérant que le mariage en est le cadre absolu. Derrière l'acte conjugal se profile donc l'aspiration de la conception, comme l'exigent les coutumes de l'époque. Selon cette vision, la sexualité vise à garantir la continuité de la lignée familiale ainsi que la transmission du patrimoine, mais également la légitimité des enfants. L'expression « enfant naturel » affirme en effet implicitement que bien que l'évènement ne peut être contesté dans sa réalité, il n'est en revanche pas conforme aux règles de la société¹⁰. Il faut donc nécessairement se marier pour pouvoir procréer, afin

⁴ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, Paris, Éditions Arkhê, 2021, p. 101-102.

⁵ M. PHILIP, « Une action dont on rougit mesme dans les solitudes les plus secrètes : enquête sur les violences sexuelles conjugales (Paris, XVII^e-XVIII^e siècle) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, n°52, 2020/2, p. 101.

⁶ M. MASSARI, « À propos du mariage sous l'Ancien Régime », *L'année sociologique (1940-1948)*, 1979, p. 328.

⁷ M. PHILIP, *op. cit.*, p. 101.

⁸ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, p. 102.

⁹ R. BEAUTHIER, « Le juge et le lit conjugal au XIX^e siècle », *op. cit.*, p. 42.

¹⁰ P. DAUMAS, *Familles en Révolution. Vie et relations familiales en Île-de-France, changements et continuité (1775-1825)*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 145.

d'attribuer aux enfants naissant d'unions licites le statut d'héritiers¹¹. On comprend dès lors que les relations charnelles, à défaut d'être obligatoires, sont fondamentales pour que le mariage puisse concrétiser ce pour quoi il a été établi : la consécration d'une famille légitime et la garantie d'une progéniture¹². Les femmes se trouvent dès lors assignées à une double contrainte : être des épouses et des mères.

B. Les implications des contraintes maritales sur le consentement féminin

Il va sans dire que le devoir conjugal, qui s'impose en principe à chacun des conjoints, impacte davantage le consentement de l'épouse. Cette dernière doit accomplir son devoir conjugal dès la première réquisition formulée par son mari, et les motifs valables pour le refuser sont extrêmement rares. L'âge avancé de la femme n'en fait pas partie, et encore moins le fait d'être enceinte. Les seules raisons qui peuvent être invoquées sont la crainte fondée de contagion, l'infidélité, ou encore un excès condamné au tribunal de la raison et de la religion¹³. Mais en principe, ce devoir ne s'arrête qu'à la mort des époux.

Contraintes d'entretenir des relations sexuelles pour assurer une descendance, les femmes du 17^e et 18^e siècles ne peuvent pas les vivre comme elles l'entendent. En effet, à l'époque, les femmes sont réduites à l'usage de leur corps, celui-ci étant naturellement fait pour porter des enfants. C'est donc toute l'existence féminine qui s'est trouvée assimilée à la fonction maternelle, doublée de la fonction sexuelle nécessaire à la procréation. En conséquence, il est acquis qu'il n'appartient pas aux femmes de décider ce qu'elles font de leur corps, puisqu'elles sont considérées comme les génératrices de l'espèce¹⁴. Les hommes ont en effet un pouvoir de contrôle indéniable sur le comportement sexuel de leurs épouses, celles-ci devant répondre positivement au rôle maternel qui leur est assigné. Le constat qui s'en dégage est bien simple : si la sexualité conjugale est une obligation, le plaisir et le consentement féminin n'ont guère d'importance. Contrairement à l'époux qui peut réclamer explicitement une relation sexuelle pour obtenir le règlement de ce que l'on pourrait appeler une « dette conjugale », l'épouse garde le plus souvent son désir implicite, se confinant dans un rôle passif¹⁵.

¹¹ A. DUVILLET, *Du péché à l'ordre civil, les unions hors mariage au regard du droit (XVI^e-XX^e siècle)*, thèse, faculté de Droit et de Science Politique de l'Université de Bourgogne, 2011, p. 2.

¹² A. SCHLEGEL, F. FOURMENT, J.-L. SENON, V. CAMUS, R. COURTOIS, « Évolution de la notion de viol conjugal d'un point de vue légal et sociétal en France et aux États-Unis », vol. 48, *La presse médicale*, 2019, p. 894.

¹³ M. MASSARI, *À propos du mariage sous l'Ancien Régime*, op. cit., p. 328.

¹⁴ C. FROIDEVAUX-METTERIE, « Le féminisme et le corps des femmes », *Pouvoirs*, 2020/2, p. 63

¹⁵ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 111.

§ 2. En dehors du mariage : les racines d'une culture de l'impunité

A. La banalisation du viol : une violence parmi tant d'autres

La question de la violence est essentielle en ce qu'elle met en jeu deux niveaux principaux d'explications quant au caractère des violences sexuelles dans une société : l'un relève des idées et des idéologies, l'autre de la culture et des mentalités¹⁶. S'agissant de la société de l'Ancien Régime, il nous apparaît d'emblée que celle-ci est foncièrement violente : violente à cause des décalages sociaux entre un petit nombre de privilégiés et une masse d'individus vivant de manière précaire, violente à cause de la mort qui ère et qui frappe en premier lieu les plus vulnérables, violente à cause des importantes forces de répression qui s'y déploient¹⁷. Ajoutons évidemment à cela l'omniprésence de violences sexuelles qui caractérise le quotidien de l'époque, comme nous l'examinerons ci-dessous.

En effet, 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, d'agressivité et d'abus, de violences quotidiennes et ordinaires¹⁸. Pour le dire autrement, et comme l'a écrit l'auteur Jean-Paul Desaiwe, « la violence sexuelle s'inscrit dans un système où elle règne pour ainsi dire naturellement : à propos de rien (à nos yeux), des enfants sont excédés de coups par des adultes ; des femmes par des hommes, ou par d'autres femmes ; des domestiques par leurs maîtres. Parfois, l'agresseur casse son bâton, ou son épée, sur le dos de la victime, et parfois il la tue. Il paraîtrait bien artificiel, dans de telles conditions, d'isoler le délit sexuel des autres formes d'agressivités constamment présentes, ou latentes, dans la vie quotidienne d'une société traditionnelle »¹⁹.

L'histoire du viol sous l'Ancien Régime s'inscrit donc véritablement dans un contexte de violence diffuse, tant dans son étendue que dans ses degrés. Cette violence reflète les difficultés rencontrées dans la manière dont se jouent les rapports sociaux dans un monde où la population s'entasse dans la précarité et dans des conditions de vie et de travail difficiles. Brutalité, colère, et sauvagerie sont des composantes de la vie quotidienne de l'époque, même si l'on ne doit certainement pas la réduire à ces seuls aspects²⁰. L'Ancien Régime représente une autre ère de la sensibilité, et les attitudes vis-à-vis du consentement et de l'intégrité

¹⁶ D. ROCHE, « La violence vue d'en bas. Réflexions sur les moyens de la politique en période révolutionnaire », *Annales. Économies, sociétés, civilisations*, 44^e année, n°1, 1989, p. 48.

¹⁷ L. ANDRIES, « La colère et le crime », *Dix-huitième siècle. Le peuple en colère*, 2021/1, n°53, p. 50.

¹⁸ G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *Échos des lumières*, octobre 2019, <https://echosdeslumières.home.blog/2019/10/17/un-crime-au-temps-des-lumières-vivre-dire-et-punir-le-viol-au-xviiieme-siecle/> (consulté le 4 avril 2023).

¹⁹ J.-P. DESAIVE, « Délits sexuels et archives judiciaires (1690-1750) », *Communication*, n°46, 1987, p. 124.

²⁰ D. ROCHE, *op. cit.*, p. 52.

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 l'image de la violence²¹. Une source intéressante permet de prendre la mesure de cette perception masculine du viol : les Mémoires de Jacques-Louis Ménétra, boutiquier vitrier parisien de la fin du XVIII^e siècle. Nous y découvrons plusieurs scènes de viol, commis par le narrateur lui-même, notamment à l'occasion d'une promenade avec son ami Gombeaut dans le bois de Vincennes²² :

« Un dimanche allant pour voir Baron dans le faubourg Saint-Antoine accompagné de mon ami Gombeaut nous fûmes jusqu'au bois de Vincennes. Allant par dedans les broussailles nous trouvâmes un nid humain : un jeune homme et une jeune personne en train de bien faire. Il avait eu la prévoyance de planter son épée nue à côté de lui. Je lui dis ces mots : "Croissez et multipliez". Comme nous venions par l'effet du hasard de l'interrompre dans cette opération humaine, il nous envoya par-dessus les poiriers. Gombeaut à ces sotties se jeta sur son épée et nous le fîmes repentir de son insolence, car nous passâmes tous deux sur le corps de la jeune personne à qui nous ne donnâmes pas le temps de se remettre et le nigaud qui n'osa nullement approcher. Nous nous moquâmes de lui en remerciant la jeune personne de sa complaisance et quand nous fûmes un peu éloignés nous lui jetâmes son épée »²³.

Dans son ouvrage « Vies oubliées : au cœur du XVIII^e siècle », Arlette Farge, grande historienne spécialisée dans l'étude des mondes populaires et oubliés, a également tenté de reconstituer l'atmosphère pesante de l'époque au travers d'archives déclarées inclassables dans les inventaires et de témoignages relatant la vie quotidienne des hommes et des femmes. Elle y a notamment publié la déposition de Jeanne Gallois, fileuse de soie du Faubourg Saint-Antoine, en date du 27 juin 1775, dont l'orthographe et la ponctuation ont été laissés en l'état²⁴ :

« A rendu plainte disant qu'il y a 7 années qu'elle occupe une chambre au quatrième étage de la maison du sieur Rodron père, [...] que la nuit du 20 juillet, profondément endormie, elle fut éveillée par un bruit et elle vit un homme le fils de Rodron, marchand fripier qui se jette dans sa chambre avec deux autres Champagne compagnon vitrier et un garçon perruquier tous demeurant rue Saint Antoine ; qu'elle se jette au bas de son lit pour appeler au secours, mais ses sens se glacèrent d'effroi, sa parole expira sur ses lèvres, un tremblement s'empara d'elle et elle resta immobile et presque sans connaissance, mais le dit Rodron [...], se jeta sur elle avec violence, lui captura les bras et il allait jouir d'elle si la comparante quoi que dans un temps critique [elle avait ses règles] et nue en chemise n'eut rappeler toutes ses forces et fait une résistance incroyable pour conserver son honneur et mettre un frein à leur acharnement que sa résistance ne fit qu'animer leur férocité, ils revinrent à la charge, épuisée elle eut recours aux crimes malgré leurs coups puis fit violence. Les susnommés ont pris la fuite, depuis

²¹ G. VIGARELLO, *Histoire du viol. XVI^e-XX^e siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 1998, p. 33.

²² G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *op. cit.*

²³ J.-L. MÉNÉTRA, *Journal de ma vie*, présenté par D. ROCHE, Paris, Montalba, 1982, pp. 172-173.

²⁴ G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *op. cit.*

ce temps elle est dans un état déplorable tant par la violence du viol que par l'effroi éprouvé dans son temps critique, à garder le lit et lui est resté un tressaillement dans les membres qui revient toutes les nuits et la jette dans une angoisse terrible »²⁵.

Ces récits font froid dans le dos. Le ton employé est léger et anodin, d'une brutalité tout à fait déconcertante pour le lecteur d'aujourd'hui, au regard de nos critères contemporains de perception de la violence. Rappelons néanmoins qu'autrefois, les circonstances étaient considérablement différentes de ce qu'il en est à l'heure actuelle. Ces discours témoignent bien de l'insignifiance dont le viol faisait l'objet à l'époque, ainsi que de l'absence de sentiment de violence intrinsèque chez son auteur, reléguant la violence sexuelle à un statut de pratique courante, voire même ordinaire à un certain degré.

B. L'invisibilisation du viol : la honte dissimulant la violence

En dépit des rares témoignages que nous avons pu récolter et relater ci-dessus, le viol sous l'Ancien Régime demeure l'un des phénomènes les plus difficiles à saisir en raison de l'invisibilisation dont il fait l'objet dans la société de l'époque²⁶. Différentes raisons tendent à faire de cet acte sauvage une violence ignorée, repoussée dans les zones les plus obscures de la conscience collective, si rapidement niée qu'elle peut à peine être perçue²⁷.

Comme il a été souligné précédemment, le viol est soumis à une morale ancienne qui conduit à affaiblir, voire même à supprimer, ce qu'il y a en lui d'atrocité. La brutalité qu'il incarne est souvent peu consciente chez l'agresseur, effacée par l'immédiateté de son désir, intensifiant ainsi la honte éprouvée par la victime. Ce sentiment de culpabilité et d'indignité font directement obstacle à la plainte, encourageant la victime à se taire. Il est d'autant plus important que le viol est considéré comme un pêché sous l'Ancien Régime, ce qui implique que la victime peut être implicitement condamnée pour avoir « participé » à l'acte sexuel réprimé (voy. *infra* section 2, §2, A., 3°). La violence devient alors moins visible, repoussée au second plan, masquée par la peur du rejet auquel la victime fait face. Par exemple, Charles Martin, dont la fille de 14 ans a été violée, se dit convaincu du rejet social que cette dernière devra subir : « tout espoir d'établissement est perdu pour elle », dit-il, « toute innocente qu'elle est, elle sera l'objet du mépris éternel de la société ». À l'époque, la perte d'honneur au sein de la société et l'exil sont les châtements les plus pénibles, ce qui conduit à une nécessité prégnante de cacher les abus sexuels subis plutôt que de les dénoncer²⁸.

²⁵ A. FARGE, *Vies oubliées. Au cœur du XVIII^e siècle*, Paris, La Découverte, 2019, p. 252.

²⁶ G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *op. cit.*

²⁷ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 33.

²⁸ *Ibid.* pp. 33 et 39.

Par ailleurs, les victimes de violences sexuelles sont stigmatisées, perçues comme étant physiquement « endommagées ». Cette blessure physique est d'autant plus grave que bien souvent, la virginité d'une femme est considérée comme un moyen de déterminer sa valeur. C'est notamment le cas en ce qui concerne l'accès au mariage, pour lequel la virginité est une condition tacite. Une jeune fille vierge violée ne peut en effet plus être mariée, excepté avec l'auteur du viol qui peut, de cette manière, réparer le préjudice commis²⁹. Cette exigence de virginité, considérée comme la clé de la pureté, est autant requise par le clergé que par la société civile. Les jeunes filles doivent nécessairement la conserver, car c'est précisément ce qui leur permet d'être à la fois de bonnes épouses et de bonnes citoyennes³⁰. Ainsi, la virginité perdue devient la marque brûlante de l'humiliation et de l'avilissement, symbole du déshonneur. La victime, prisonnière de son univers de faute, est enfermée dans l'impudeur qu'elle voudrait pourtant dénoncer, et la violence subie demeure alors une violence cachée³¹.

C. L'érotisation de la résistance féminine et la suspicion du consentement

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. Résister serait donc un comportement typiquement féminin. À l'homme d'attaquer, à la femme de succomber. La vision du plaisir de l'homme efface celle de la brutalité, et le désir est perçu comme une évidence à laquelle la victime est nécessairement associée³² : 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. Par conséquent, pour bon nombre d'hommes, ces protestations des femmes seraient un simple moyen d'exciter l'esprit combatif de leur partenaire³³. Jean-Jacques Rousseau, célèbre philosophe des lumières, écrit même que c'est précisément cette « fausse résistance des femmes » qui susciterait le désir masculin, et serait donc directement liée à la procréation et la perpétuation de l'espèce³⁴.

À titre d'illustration, Jean-Pierre Bonaffay, jeune garçon de 18 ans accusé du viol d'une fillette de dix ans en 1767, avoue l'avoir attouchée tout en croyant « ne pas

²⁹ A. SCHLEGEL, F. FOURMENT, J.-L. SENON, V. CAMUS, R. COURTOIS, *op. cit.*, p. 894.

³⁰ M. BERNOS, « L'éducation des filles sous l'Ancien Régime », 30 octobre 2016, *Garrigues et Sentiers*, <http://www.garriguesetsentiers.org/2016/11/l-education-des-filles-sous-l-ancien-regime.html> (consulté le 7 mai 2023).

³¹ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 40.

³² *Ibid.*, p. 34.

³³ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, pp. 91-92.

³⁴ J.-J. ROUSSEAU, *Lettre à M. d'Alembert sur les spectacles*, Genève, Droz, 1948, p. 112.

commettre de viol », dès lors que « la petite fille avait retroussé sa jupe et avait déjà été touchée par d'autres ». Mentionnons également Christophe Isabelle, brocanteur parisien de trente-deux ans à son tour condamné en 1770 à trois ans de galères pour le viol d'une enfant de dix ans, qui décrit sa victime comme « séductrice » : elle serait même venue sur ses genoux, et lui n'aurait fait que s'amuser en voyant que cette enfant en avait envie. Enfin, à propos du récit de viol de Jacques-Louis Ménétra, le vitrier violeur du Bois de Vincennes évoqué ci-avant (voy. *supra* point A.), celui-ci est absolument certain de la légitimité de ses actes, convaincu qu'une jeune fille qui s'est déjà délibérément livrée à un autre homme ne saurait être que consentante³⁵. Il viole ainsi de nombreuses femmes tout au long de sa vie, et se complait dans l'idée que celles-ci y prennent du plaisir, malgré la résistance dont elles font preuve. Lors de son procès, il ne se contentera pas de nier, mais il accusera même ses victimes d'avoir leur part de responsabilité.

Ces différents récits nous dévoilent une certitude d'attitude de séduction et de consentement chez la victime, sans doute banalisée par une société complaisante face à la thèse de la provocation féminine³⁶. La résistance féminine étant érotisée et 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 ».

SECTION 2. REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DU CONSENTEMENT

§1. Dans le mariage : la négligence des violences sexuelles conjugales

A. Le viol entre époux : un concept juridique inexistant

Le crime de viol conjugal, seulement très récemment incriminé par le droit, est totalement absent de l'arsenal juridique de l'Ancien Régime. Aucune disposition juridique ou archive ne semble le mentionner, le consentement étant largement présumé au sein du couple. En effet, comme mentionné ci-dessus, le viol ne peut se commettre qu'à l'encontre d'une femme qui doit avoir résisté tout au long de l'acte sexuel. Ainsi, au sein du mariage, il n'y a guère de viol : les époux se promettent lors de la cérémonie de mariage un consentement perpétuel et irrévocable jusqu'à leur mort – entraînant l'obligation de se soumettre au devoir conjugal³⁷. En d'autres termes, le consentement initial vaut pour l'ensemble des

³⁵ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 34.

³⁶ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, p. 90.

³⁷ *Ibid.*, 73.

actes sexuels de la vie maritale, empêchant en théorie toute évocation d'un viol conjugal.

B. De quelques procédures civiles dévoilant des violences sexuelles entre époux

Évoquer le viol conjugal comme crime possible sous l'Ancien Régime peut paraître hasardeux voire impossible. D'abord, parce qu'en raison de sa non-incrimination, cette violence n'a laissé *a priori* aucune trace dans la pratique judiciaire. Ensuite, parce qu'il ne semble pas pertinent d'étudier une notion que les mentalités de l'époque méconnaissaient totalement. Néanmoins, cette absence d'incrimination spécifique des violences sexuelles entre époux ne signifie pas qu'il n'existait aucune sensibilité judiciaire à cet égard, et elle n'empêche pas leur poursuite par des procédures détournées. En effet, certaines actions civiles, notamment des procédures en nullité de mariage pour défaut de consentement ou des demandes de séparation d'habitation et de biens, permettaient de déceler certaines violences intraconjugales, et de cette manière de libérer les époux de leur devoir de cohabitation – autant charnelle que résidentielle³⁸.

Notons qu'à la fin de l'Ancien régime, le divorce n'existe pas³⁹. Les requêtes en nullité de mariage ou de séparation de corps et de biens font donc partie des rares sources juridiques permettant d'approcher l'intimité des lits conjugaux, et d'y constater certaines violences. Au travers de ces actes juridiques, il semble possible de déceler un certain seuil au-delà duquel ces violences ne pouvaient plus être ignorées de la justice, et méritaient d'être condamnées. Cependant, la rareté de ces requêtes indique que peu de femmes, et à condition qu'elles soient bien informées des moyens d'action judiciaire dont elles pouvaient disposer, étaient en mesure de faire reconnaître les abus sexuels dont elles étaient victimes⁴⁰. De plus, elles devaient pouvoir se libérer de la tutelle de leurs parents ou de leur mari pour espérer intenter une action en justice.

1. Les actions en nullité pour défaut de consentement au mariage

À l'époque, la sexualité entre époux est définie par le droit canon et séculier comme un sacrement dont la validité repose sur le principe de l'échange d'un consentement libre et mutuel au mariage. En raison de l'importance donnée à celui-ci par le Concile de Trente, il était possible d'intenter des actions pour défaut de consentement au mariage, et il incombait aux officialités d'annuler ces mariages forcés. Précisons qu'il s'agit de mariages religieux, dès lors que le mariage civil n'existait pas. À titre d'exemple, treize dossiers de nullité de mariage forcé ont été retrouvés dans des archives parisiennes. Huit procédures sur treize ont été menées

³⁸ M. PHILIP, *op. cit.*, pp. 93-94.

³⁹ Le divorce légal ne sera introduit qu'avec l'adoption de la loi du 20 septembre 1792, qui instaurera le mariage civil.

⁴⁰ M. PHILIP, *op. cit.*, pp. 93-94.

par des femmes, souvent promises par leurs parents qui sont accusés d'avoir forcé le consentement de leur fille au mariage, parmi lesquelles quatre sentences d'annulation de mariage ont été prononcées par les officialités. Toutefois, ces quelques requêtes ne concernent qu'un indice *a minima* de la réalité des mariages forcés durant l'Ancien Régime⁴¹.

Parmi les huit requêtes susmentionnées se trouve la douloureuse expérience d'Éléonore Thérèse De Lorme. Fille d'un commissaire aux revues d'Arc en Barrois à la fortune modeste, elle est mariée en 1726 à l'âge de dix-sept ans alors que son fortuné époux, Jean-Baptiste Rapally, en a trente-sept. Éléonore fait très tôt part de son absence de consentement au mariage, et supplie ses parents de ne pas l'y forcer. Au banquet organisé pour fêter les noces des époux, elle s'échappe même de table pour se réfugier dans sa chambre. Hélas, c'était sans compter la ténacité de sa mère, qui ne voulait rien entendre⁴². Éléonore a alors saisi le tribunal de l'Officialité de Paris en 1727 pour faire annuler son mariage pour cause de défaut de consentement lors de la cérémonie⁴³. Elle relate sa nuit de noces lors du procès :

« Sa mère vint l'y chercher et l'emmena avec deux femmes de chambre dans la chambre destinée au sieur Rapaly. Qu'y ayant été conduite malgré elle disant à sa mère qu'elle ne vouloit point coucher avec ledit sieur Rapaly parce qu'elle n'étoit pas sa femme et qu'elle ne le reconnoissoit point pour son mary. Saditte mère la fit déshabiller par ses deux femmes de chambre qui la mirent dans le lit destiné audit sieur Rapaly et ayant conservé son jupon. Que peu de tems après le sieur Rapaly vint dans la chambre, qu'elle répondante s'étant trouvée mal on luy donna de l'eau melice, qu'elle fut deux heures ou environ dans cet état. Qu'étant revenue à elle-même elle ne vit personne dans la chambre, mais vit le sieur Rapaly couché auprès d'elle. Que toute la nuit elle ne dormit point et ne permit point au sieur Rapaly de l'approcher »⁴⁴.

L'intimité conjugale lors de la nuit de noces nous dévoile ici toute son importance : quand bien même l'épouse aurait donné une apparence de consentement lors de la cérémonie religieuse, c'est la consommation charnelle du mariage qui vient renforcer l'indissolubilité du mariage. La consommation de l'union concrétise ainsi le consentement qui manquait officiellement au préalable, mais qui devient présumé par l'accomplissement de cet acte charnel⁴⁵. À l'inverse, la résistance victorieuse de l'épouse lors de la nuit de noces atteste de l'absence de son consentement au mariage, témoignant alors de l'abus de pouvoir commis par ses parents. Dans ce cas, l'épouse peut solliciter l'annulation de son mariage, et ainsi se libérer de toute contrainte maritale envers son (ex)-époux. On comprend alors

⁴¹ *Ibid.* p. 95.

⁴² *Ibid.*

⁴³ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 103.

⁴⁴ AN, Z/10/167, affaire De Lorme – Rapally, 1727.

⁴⁵ M. CHARAGEAT, *La délinquance matrimoniale. Couples en conflit et justice en Aragon (XV^e-XVI^e siècle)*, Paris, Éditions de la Sorbonne, 2011, <https://books.openedition.org/psorbonne/10061?lang=fr> (consulté le 2 août 2023).

mieux la raison pour laquelle un mari use de la force lors de sa nuit de noces : il vise à limiter le risque d'une annulation légale de son mariage contraint⁴⁶.

2. Les actions en séparation de corps et de biens

Il en va évidemment autrement pour les épouses qui, à l'origine, ont ouvertement et valablement consenti au mariage, y compris sous sa forme sexuelle, et qui ont même peut-être aimé leur époux, mais qui se retrouvent par la suite confrontées à des violences sexuelles commises durant la vie conjugale commune. Dans l'hypothèse où les femmes ont légitimement consenti à leur mariage, elles ne pourront prétendre à son annulation, dès lors que ce consentement initial n'a pas été forcé. Les épouses qui subissent des violences injustifiées et persistantes – incluant éventuellement des violences sexuelles – pourront, le cas échéant, réclamer la séparation de corps et de biens. Elles doivent cependant apporter une foule de preuves solides et de témoignages pour appuyer leur demande. Cette séparation a pour effet qu'elles ne sont plus tenues de vivre maritalement avec leur époux violent, et qu'elles peuvent regagner une indépendance légale et financière. Néanmoins, la séparation de corps n'a pas pour effet d'annuler le mariage, les époux ne pouvant dès lors pas en contracter de nouveau⁴⁷, et elle ne met pas fin au consentement perpétuel scellé le jour du mariage. Ainsi, un époux, même séparé, peut toujours réclamer des droits sur un corps qui lui appartient d'un point de vue juridique⁴⁸.

Les deux types de procédures susmentionnés nous enseignent que le droit canon reconnaît uniquement l'hypothèse où le consentement sexuel initial lors de la nuit de noces a été forcé. En revanche, le consentement sexuel à la vie conjugale quotidienne ne peut être considéré comme contraint dès lors que le mariage a été initialement librement contracté – autrement dit lorsque l'épouse a librement consenti à la cérémonie nuptiale. Ce raisonnement prive les époux de la faculté de consentir aux actes charnels intervenant pendant leur vie commune, à l'exception de la cérémonie de mariage, au cours de laquelle le consentement peut être considéré comme forcé⁴⁹.

⁴⁶ M. PHILIP, *op. cit.*, p. 97.

⁴⁷ *Ibid*, p. 100.

⁴⁸ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, p. 106.

⁴⁹ M. PHILIP, *op. cit.*, p. 102.

§2. En dehors du mariage : le viol, entre tolérance et répression

A. L'incrimination théorique du viol : une indulgence sociale et judiciaire

1. La qualification du crime de viol

En préambule, il convient de s'attarder brièvement sur la définition juridique du crime de viol. Les juristes de l'époque ne semblent pas s'accorder sur sa dénomination et sa définition, et le vocabulaire utilisé pour le décrire est varié⁵⁰. Les écrits se réfèrent en effet aux termes de « fornication forcée », « violement d'une femme », « crime de paillardise qui se commet par contrainte », ou encore « adultère commis par la force »⁵¹. Bon nombre de documents légaux citent également le « rapt de violence », qui signifie à proprement parler « l'enlèvement qui se fait par la force d'une fille ou d'une femme pour en jouir contre sa volonté⁵² », bien que cette notion était plus communément employée aux 15^e et 16^e siècles. D'une façon générale, les textes emploient également plus simplement le terme de « viol »⁵³.

À cette époque, six arrêstistes français le définissent, parmi lesquels l'avocat Pierre-François Muyart de Vouglans, et le juriste et criminaliste Daniel Jousse, qui en donnent les définitions les plus détaillées. Le premier écrit que « ce crime se commet lorsqu'un homme use de force et violence sur la personne d'une fille, femme ou veuve pour la connaître charnellement, malgré la résistance forte et toujours égale que celle-ci fait pour s'en empêcher »⁵⁴, tandis que le second décrit le viol comme étant « toute conjonction illicite commise par la force, et contre la volonté des filles, femmes et veuves »⁵⁵. Cette dernière définition est la seule évoquant la volonté féminine, mais aucune d'entre elles ne mentionne la notion de « consentement ». Il en ressort que sous l'Ancien Régime, un crime ne peut être qualifié de viol qu'à trois conditions cumulatives : la victime doit nécessairement être de sexe féminin, la force physique doit être utilisée à son encontre, et celle-ci doit avoir résisté à son agresseur jusqu'au bout (voy. *infra* 3°)⁵⁶.

⁵⁰ S. GAUDILLAT CAUTELA, « Question de mot. Le « viol » au XVI^e siècle, un crime contre les femmes ? », *Clio. Histoire, femmes et sociétés*, n°24, 2006/2, p. 60.

⁵¹ F. TAZDAÏT, « Viol et violence », in *Les violences faites aux femmes*, Coll. Topique, Bordeaux, L'Esprit du temps, 2018/2, n°143, p. 32.

⁵² D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, p. 742.

⁵³ F. VIGIER, « À propos de quelques procès pour violences sexuelles dans le Poitou du XVIII^e siècle », in *Le corps en lambeaux : violences sexuelles et sexuées faites aux femmes*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2016, p. 202.

⁵⁴ P.F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, Paris, 1757, p. 496.

⁵⁵ D. JOUSSE, *op. cit.*, p. 742.

⁵⁶ M. BERNARD, « De l'innocence juridique à la suspicion judiciaire. Le consentement à l'acte sexuel des fillettes dans les procès pour viol du Châtelet de la seconde moitié du 18^e siècle », *Dix-huitième siècle*, n°53, 2021/1, p. 359 ; F. VIGIER, *op. cit.*, p. 201.

2. Entre sévérité des textes et pratique pénale

Le viol, comme bon nombre de violences sous l'Ancien Régime, est sévèrement puni par le droit classique. Contrairement aux idées reçues, les textes existent, et ils réservent aux violeurs une sentence exemplaire. Le viol des femmes est un crime « exécration », disent-ils, un « crime capital qu'on punit de mort », un « acte de tigre affamé », un « geste de bouc puant » méritant une condamnation publique : la pendaison, la castration, mais parfois également la « mort accompagnée de cruels tourments ». Faisant office de lois, ils ne prennent toutefois pas l'apparence de législations formelles et codifiées : ils existent plutôt sous la forme d'articles de coutumiers, d'avis de jurisconsultes, ou encore de références de jurisprudence. Ils sont donc bien loin de constituer une pénalité unifiée, qui conduirait à des jugements prévisibles et identiques⁵⁷. Au côté de la jurisprudence, nous retrouvons également la déclaration royale du 26 novembre 1639 (article 3)⁵⁸, ainsi que l'ordonnance criminelle de 1670 (titre 16, article 4)⁵⁹, qui sont restées d'application jusqu'à la Révolution française et qui sanctionnent fermement le crime de viol. La seconde s'apparente néanmoins davantage à un manuel de procédure qu'à un véritable guide d'application des peines. Ainsi, la justice de l'Ancien Régime dispose d'une large marge de manœuvre, laissant aux juges la part d'arbitraire voulue par l'ancienne tradition judiciaire dans le choix de la peine.

D'une façon générale, le crime de viol est tantôt condamné par des peines corporelles, tantôt par des peines pécuniaires, et en fonction des affaires, des réparations civiles et des provisions peuvent également être octroyées. À cet égard, la célèbre Encyclopédie de Diderot et d'Alembert établit une liste de différentes peines en fonction de la nature de l'infraction, allant jusqu'à la peine capitale. Le titre 15 de l'ordonnance de 1670, en son article 13, dresse également l'échelle des catégories de peines, incluant la peine de mort naturelle, les galères, le bannissement, le fouet, ou encore l'amende⁶⁰. Néanmoins, 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 donc dans cette incertitude entre dureté et tolérance qu'il faut comprendre les poursuites pour viol dans la justice de l'Ancien Régime⁶¹.

Par ailleurs, le crime de viol se compte parmi les *cas royaux*, liste d'une quarantaine de crimes considérés comme « suffisamment graves et/ou attentatoires à la

⁵⁷ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 20.

⁵⁸ F.-A. ISAMBERT, N. DECRUSY, A.-H. TAILLANDIER, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789*, Tome XVII, Paris, 1829, pp. 520-524 ; cité dans F. VIGIER, *op. cit.*, p. 203.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 493.

⁶⁰ E. PERONNEAU SAINT-JALMES, *Crimes sexuels et société à la fin de l'Ancien Régime*, Paris, Éditions Perrin, 2021, pp. 96-98.

⁶¹ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 15.

souveraineté du Roi pour ne dépendre que des juridictions royales ». Le viol doit donc nécessairement être jugé par des juridictions de haute justice, étant les seules habilitées à prononcer des sentences pouvant aller jusqu'à la peine capitale. Néanmoins, dans la pratique, les juridictions inférieures - notamment les juridictions seigneuriales, avaient le droit de mener des enquêtes préliminaires pour les crimes qui leur étaient dénoncés, en ce compris des crimes de viol, à la seule condition de se départir du dossier une fois que l'accusation des parties était jugée certaine⁶². Elles étaient notamment informées de ce genre de méfaits lorsqu'ils étaient liés à un autre crime – comme un assassinat ou un vol, ou étaient partie intégrante d'un acte juridique – comme une déclaration de grossesse⁶³.

Cependant, malgré l'existence légale de ces peines et l'obligation qu'elles soient prononcées par les hautes juridictions, l'écart reste abyssal entre la sévérité des textes et la pratique pénale. Si le viol est reconnu par la loi, il est malheureusement 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 agresseurs⁶⁴. Ainsi, non seulement de nombreuses femmes n'osent pas déposer plainte, comme nous le verrons ci-après, mais lorsqu'elles trouvent le courage de le faire, les poursuites ne sont pas systématiquement engagées.

3. *Le fardeau de la preuve : la résistance de la victime comme condition du viol*

Cette prise en compte (théorique) juridique du viol, n'est cependant pas synonyme d'une prise en compte du consentement de la victime⁶⁵. En effet, dans les esprits de l'époque, la victime est par nature pure innocence, circonscrite dans un espace de pensée lui interdisant l'accès au désir⁶⁶. Comme l'écrit Hervé Pliant, cette innocence de la victime est profondément liée à sa passivité, qui est aussi l'une de ses caractéristiques : pour pouvoir être considérée comme telle, la victime doit nécessairement être passive, en ce sens qu'elle doit subir l'agression sexuelle sans y participer activement. Ainsi, la passivité est l'une des conditions même de l'innocence, mais dans le même temps, c'est une arme à double tranchant puisqu'elle fait peser sur la victime un terrible soupçon de consentement. En effet, d'après cette condition de passivité, on comprend que la victime est considérée comme telle parce qu'elle n'a rien fait (ou pas assez) pour échapper à son sort, mais

⁶² E. PERONNEAU SAINT-JALMES, *op. cit.*, p. 36 ; F. VIGIER, *op. cit.*, pp. 201-203.

⁶³ F. VIGIER, *op. cit.*, p. 204.

⁶⁴ F. TAZDAÏT, *op. cit.*, p. 33.

⁶⁵ M. BERNARD, « De l'innocence juridique à la suspicion judiciaire. Le consentement à l'acte sexuel des fillettes dans les procès pour viol du Châtelet de la seconde moitié du 18^e siècle », *op. cit.*, p. 360.

⁶⁶ B. DESWAENE, « Figure perverse de l'innocence : la victime », *Revue de l'enfance et de l'adolescence*, n°47, 2002/1, p. 35.

si elle n'a rien entrepris, il devient légitime de s'interroger sur l'état de son consentement⁶⁷ : la passivité de la victime n'est-elle pas coupable ?

Ceci engendre un cruel paradoxe : d'une part, la victime doit nécessairement être passive, mais d'autre part, on attend d'elle qu'elle adopte une attitude active de résistance afin de se protéger. La victime « parfaite » de l'époque serait alors celle qui, malgré sa passivité, ne peut être soupçonnée d'avoir consenti ou cédé. Seules deux figures incarnent cette représentation : l'enfant et la morte. La femme adulte, quant à elle, est toujours suspectée de ne pas avoir empêché son agresseur d'agir, et sa passivité fait de celle-ci une complice du viol qu'elle a pourtant subi⁶⁸. L'irrésistible conviction que la femme a cédé volontairement à son agresseur s'impose alors insidieusement dans l'Ancien Régime. Pour convaincre les magistrats et réussir à être entendue, la plaignante doit rapporter des faits très précis permettant de prouver l'absence de son consentement. En effet, celle-ci doit avoir résisté et crié tout au long du rapport sexuel – et non pas uniquement au début de l'agression. À tout le moins doit-elle pouvoir prouver que si ses cris n'ont pas été entendus, c'était du fait de son isolement. Pour cette raison, nombreux sont les arrêtistes de l'époque qui considèrent que le viol en ville est impossible, car la victime y serait nécessairement entendue par le voisinage ou sa famille⁶⁹.

Rappelons la définition du viol de Daniel Jousse : « le crime de celui qui use de la force et de la violence sur une personne d'une fille, d'une femme ou veuve, pour la connaître charnellement, malgré la résistance forte et persévérante que celle-ci fait pour s'en défendre »⁷⁰. Ce texte nous apprend deux choses : d'une part, la victime est nécessairement de sexe féminin, les garçons et les hommes en étant totalement exclus, et d'autre part, la victime doit résister et se défendre, l'agresseur devant alors recourir à la force physique pour parvenir à ses fins. Il nous semble tout à fait déroutant de lire une telle définition aujourd'hui, sachant l'effet de sidération que peut provoquer le viol, paralysant la victime et l'empêchant de crier ou de bouger⁷¹. On constate ainsi l'absence d'une multitude de circonstances dans les jurisprudences de l'Ancien Régime : celles où la peur paralyse la victime, celles où la menace force au silence, celles où la défense physique semble plus dangereuse qu'efficace⁷².

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

⁶⁷ H. PLIANT, « Victime, partie civile ou accusateur ? Quelques réflexions sur la notion de victime, particulièrement dans la justice d'Ancien Régime », in *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?* (sous la dir. de B. GARNOT), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2000, p. 43.

⁶⁸ M. BERNARD, « De l'innocence juridique à la suspicion judiciaire. Le consentement à l'acte sexuel des fillettes dans les procès pour viol du Châtelet de la seconde moitié du 18^e siècle », *op. cit.*, p. 360.

⁶⁹ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, p. 75.

⁷⁰ D. JOUSSE, *op. cit.*, p. 742.

⁷¹ E. RONAI, « Histoire du viol », in *Violences sexuelles. En finir avec l'impunité* (sous la dir. de E. RONAI et E. DURAND), coll. Santé social, Malakoff, Dunod, 2021, p. 11.

⁷² G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 51.

serait impossible pour de simples raisons physiques, en ce que la vigueur féminine suffit à la défense, la femme disposant toujours de « moyens » suffisants. Les juristes de l'Ancien Régime y voient là une quasi-vérité. Jean-François Fournel, avocat français de la seconde moitié du 18^e siècle, atteste même que « quelle que soit la supériorité des forces d'un homme sur celle d'une femme, la nature a fourni à celle-ci des ressources sans nombre pour éluder le triomphe de son adversaire »⁷³. Ainsi, l'idée généralement admise dans la pratique était qu'une femme ne pouvait pas être violée par un homme seul si elle n'y consentait pas. Au contraire, plusieurs hommes armés étaient nécessaires pour pouvoir commettre un tel crime⁷⁴.

L'anecdote Bruneau, régulièrement reprise par les jurisprudences du 18^e siècle, confirme cette pensée : lors de son procès, un homme accusé de viol est contraint par le juge de remettre un sac d'écus à son accusatrice, ce même juge demandant ensuite à l'homme de reprendre la bourse par tous ses moyens. La femme se raidit, s'insurge, rend les coups qu'elle reçoit, serre son avoir et le défend si bien qu'elle parvient à le garder. Le constat qui s'en dégage est simple : la femme aurait pu encore mieux défendre son corps que son argent si elle l'avait réellement voulu. La plainte devient alors un mensonge inventé de toutes pièces⁷⁵. On observe ainsi que les tribunaux s'intéressaient davantage à l'attitude de la victime qu'à celle de l'agresseur. Il était plus important d'évaluer la résistance de la femme, plutôt que d'établir l'attitude infâme de l'homme qui l'agresse⁷⁶. Les juges s'aventurent peu, voire pas du tout, dans l'intériorité personnelle des victimes, les contraintes subjectives, les pressions ressenties, les influences subies. Le droit criminel de l'Ancien Régime n'évoque jamais la prise en compte du for intérieur des victimes et de ses impuissances. Au contraire, les juges présument leur libre arbitre plein et entier⁷⁷.

La parole des femmes étaient dès lors sans cesse considérée comme suspecte : d'abord par les accusés, qui invoquaient le consentement ou la provocation de leurs victimes, mais aussi par les tribunaux, qui redoutaient des accusations intéressées en vue d'obtenir une réparation⁷⁸. Plus encore, il était communément admis que la plaignante puisse souhaiter, à travers sa plainte, faire passer pour un viol un acte pourtant préalablement consenti, avec pour objectif de racheter une vertu qu'elle aurait cédée par faiblesse⁷⁹. On comprend alors mieux pourquoi la particularité des violences sexuelles sous l'Ancien Régime tient à l'extrême rareté des procès : rareté des plaintes, rareté des condamnations. À titre d'exemple, entre 1540 et 1662,

⁷³ J.-F. FOURNEL, *Traité de l'adultère considéré dans l'ordre judiciaire*, Paris, 1778, pp. 82-83.

⁷⁴ E. RONAI, *op. cit.*, p. 11.

⁷⁵ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 55.

⁷⁶ E. RONAI, *op. cit.*, p. 11 ; D. LETT, « Femmes violentées, femmes violées dans la procédure judiciaire de Bologne (XIV^e-XV^e siècle) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2020/2, p. 46.

⁷⁷ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 55.

⁷⁸ G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *op. cit.*

⁷⁹ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, p. 74

seuls 49 dossiers concernant des violences sexuelles ont été recensés, soit moins de trois tous les dix ans⁸⁰. Ce nombre alarmant ne peut se comprendre que comme le signe du manque de considération par les autorités judiciaires des plaintes pour viol, ce déni expliquant que les victimes s'abstenaient de porter plainte par anticipation de leur incapacité de se faire entendre⁸¹.

B. Les critères de gravité et de condamnation du viol : une impunité sélective

Bien que le viol soit considéré, en théorie, comme un crime grave sous l'Ancien Régime, bon nombre de juristes stipulent que certaines victimes doivent bénéficier d'une protection plus accrue que d'autres, et que leurs agresseurs doivent être condamnés plus sévèrement⁸².

1. L'âge et l'impuberté de la victime

Sous l'Ancien Régime, la majorité des victimes de violences sexuelles sont des « filles », c'est-à-dire des femmes qui ne sont ni mariées ni veuves⁸³. Les sanctions sont plus sévères lorsque la victime est jeune, impubère, et d'autant plus si elle était vierge avant le viol. En effet, la fille impubère détient un bien secret, une pudeur, une chasteté particulière que la défloration pourrait ruiner. Son existence est d'ailleurs une condition d'accès au mariage. Ainsi, les traités en matière criminelle de l'Ancien Régime disposent que « lorsque le viol est commis envers une vierge, la peine ne peut jamais être moindre que celle de la mort, et cette peine doit même aller jusqu'à celle de la roue sur cette vierge n'était point encore nubile »⁸⁴. *A contrario*, lorsque la victime est une femme adulte, les peines se limitent à une compensation financière si l'agresseur est suffisamment fortuné, sinon à des sanctions corporelles telles que le fouet⁸⁵.

2. Le statut social de la victime et de l'agresseur

Dans la société d'ordre de l'Ancien Régime, l'échelle de gravité des crimes répartit le poids des violences, non pas selon la sauvagerie intrinsèque de l'acte, mais selon l'appartenance sociale des victimes et des agresseurs. Comme souligné par Daniel Jousse, « la qualité de la personne à qui la violence est faite augmente ou diminue en effet avec le crime. Une violence faite à une esclave ou à une servante est moins grave que celle qui serait faite à une fille de condition honnête »⁸⁶. Autrement dit,

⁸⁰ A. LERICHE, « Petite histoire du viol conjugal et de la honte », *Sociographe*, vol. 27, n°3, p. 86.

⁸¹ N. GRANDE, « La chasteté ou la mort. Mise en récit du viol dans les récits brefs des XVI^e et XVII^e siècles », *Tangence*, 2017/114, p. 13.

⁸² M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 74.

⁸³ E. PERONNEAU SAINT-JALMES, op. cit., p. 31.

⁸⁴ P.-F. MUYART DE VOULGANS, *Institutes au droit criminel*, Paris, 1757, p. 497 ; G. VIGARELLO, op. cit., p. 20.

⁸⁵ A. LERICHE, op. cit., p. 86.

⁸⁶ D. JOUSSE, op. cit., p. 746, cité dans G. VIGARELLO, op. cit., p. 24.

certaines victimes doivent être davantage protégées que d'autres, et leurs agresseurs condamnés plus sévèrement. L'impunité dépend donc peu de la nature du délit, mais beaucoup de la place du délinquant et de la victime dans la société. Cette impunité reste cependant sélective : l'homme puissant s'approprie le corps des femmes, surtout celui de celles qui sont d'un rang inférieur, sans en être inquiété, tandis que la rigueur de la loi s'applique à l'égard de l'homme du peuple qui viole une femme dite « bien née »⁸⁷. On comprend dès lors que les infractions aux règles du bon comportement en matière sexuelle sont loin d'avoir les mêmes conséquences selon que les protagonistes appartiennent ou non au même espace de vie collective et au même milieu social : par exemple, une tentative de viol sur la fille d'un conseiller au Parlement fera l'objet de poursuites immédiates, tandis que les violences sexuelles répétées sur une servante ou une domestique demeureront impunies⁸⁸.

On observe là une autre représentation clivée de la femme qui se dégage de la mentalité de l'Ancien Régime : on distingue les femmes permises, pour ainsi dire « violables », de celles qui ne sont pas permises, c'est-à-dire *a priori* « non violables ». Les viols ne sont donc pas commis au hasard : ils touchent principalement les prostituées, les domestiques, les servantes, les concubines ou encore les femmes en état de célibat, c'est-à-dire celles qui ne sont pas sous la protection ou l'autorité d'un homme, tandis que les femmes mariées sont davantage épargnées⁸⁹. Plus encore, la parole de certaines femmes ne vaut rien, en raison de leur manque de vertu. C'est le cas des prostituées ou des débauchées qui, parce qu'elles n'ont aucun mal à s'offrir au premier venu, ne peuvent pas se plaindre d'avoir été violées⁹⁰. Cela nous permet de constater à quel point les cas de viols s'inscrivaient, hier comme aujourd'hui, dans des rapports de domination et de pouvoir. Pouvoir des hommes sur des femmes, bien entendu, mais nous pouvons ajouter à cela des enjeux liés aux groupes sociaux⁹¹.

À titre d'illustration, 21 dossiers judiciaires pour violences sexuelles retrouvés dans des archives de Poitou du XVIII^e siècle permettent d'avoir une idée plus précise du profil général des victimes. Cet ensemble d'archives concerne 21 victimes féminines, toutes très jeunes, puisque leur moyenne d'âge est d'un peu plus de 19 ans. Leur statut et leur origine sociale sont tout aussi homogènes. Ainsi, aucune de ces victimes – sans la moindre exception, n'est mariée, car comme indiqué ci-dessus, les épouses étaient davantage épargnées. Néanmoins, cela ne signifie pas qu'aucune femme vivant maritalement avec un homme n'a subi ce genre d'outrage durant l'Ancien Régime : aucune d'entre elles, en revanche, ne semble avoir souhaité le dénoncer auprès de la justice, en raison de la honte sociale que cela

⁸⁷ J.-P. DESAIVE, *op. cit.*, p. 121 ; F. TAZDAÏT, *op. cit.*, p. 33.

⁸⁸ J.-P. DESAIVE, *op. cit.*, p. 124.

⁸⁹ F. TAZDAÏT, *op. cit.*, p. 33.

⁹⁰ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, p. 74 ; I. BAZAN, « Quelques remarques sur les victimes du viol au Moyen-Âge et au début de l'époque moderne », in *Les victimes, des oubliées de l'histoire ?*, *op. cit.*, p. 435.

⁹¹ G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *op. cit.*

pourrait entraîner. On retrouve ainsi dans notre corpus de victimes neuf servantes ou domestiques, une cuisinière, une fille de chambre, une veuve et pas moins de onze filles mineures, appartenant pratiquement toutes à des catégories sociales extrêmement modestes⁹².

Ce versant social de la violence sexuelle sous l'Ancien Régime reflète celui d'autres types de violences. La brutalité physique et morale envers les servantes et esclaves est tout aussi peu condamnée, tandis qu'elle est fortement réprimée lorsqu'elle touche à des femmes « bien nées ». Le privilège social des agresseurs sexuels et victimes uniformise dès lors le traitement des violences anciennes, imposant le même modèle de tolérance au viol qu'aux autres coups et blessures : l'indignation y reste très sélective⁹³.

C. La victime de viol : une figure inexistante ?

Le statut de la victime n'existe pas *stricto sensu* sous l'Ancien Régime. À cette époque, le droit ne reconnaît en effet ni le substantif ni l'adjectif de « victime », ce terme ayant une connotation strictement religieuse. Remarquons que nous avons néanmoins employé cette expression afin de faciliter la lecture de ce chapitre. Cette absence d'un vocabulaire proprement victimaire dans le lexique juridique crée immédiatement un constat étonnant à nos yeux : l'incapacité du droit à reconnaître l'existence de la victime implique une absence totale de considération humaine pour la personne qui a subi ces violences. En revanche, l'ancien droit n'exclut pas la reconnaissance d'une partie lésée et d'une partie ayant commis le préjudice. Simplement, la victime est décrite dans les procès et se décrit elle-même par d'autres mots, dont il faut démêler les définitions et les implications : on y retrouve notamment les termes de « dénonciateur », « accusateur », « demandeur », ou encore « partie civile »⁹⁴.

Cependant, malgré ce semblant de reconnaissance de statut, il est largement admis que le viol, à défaut de causer une souffrance directe à la victime, porte essentiellement atteinte aux hommes à qui elle « appartient ». En effet, aux 17^e et 18^e siècles, la femme est considérée comme un objet sexuel de l'homme au sens littéral du terme, comme le prolongement narcissique de son patrimoine. Elle ne peut dès lors être perçue comme une victime à part entière, et le préjudice, lorsqu'il est établi, conduit à la perte d'honorabilité et de réputation de son clan d'appartenance, c'est-à-dire de son « propriétaire », père ou mari⁹⁵. D'où la dénomination des crimes de « rapt de violence », « rapt de séduction » ou « adultère », qui ont longtemps été utilisés dans les écrits juridiques, au détriment du crime de « viol ». Symboliquement, le crime puni n'est alors pas le viol du consentement de la victime, mais bien l'atteinte portée à l'honneur d'un individu

⁹² F. VIGIER, *op. cit.*, p. 207.

⁹³ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 28.

⁹⁴ E. PERONNEAU SAINT-JALMES, *op. cit.*, p. 205.

⁹⁵ F. TAZDAÏT, *op. cit.*, p. 33.

masculin – celui du père dans le cas du rapt, et celui du mari dans le cas de l'adultère⁹⁶.

Pour le dire autrement, le préjudice physique et psychique enduré par la victime s'efface largement devant la stigmatisation familiale et face au regard inquisiteur de la société. Ainsi, le crime de viol, parce qu'il impacte directement l'honneur de la famille de la victime, n'arrive pas forcément devant les tribunaux. Souvent, la jeune fille ou la femme violée préférera se taire plutôt que de risquer de divulguer l'affaire⁹⁷. Cette triste réalité souligne de manière poignante la marginalisation des victimes au profit de la préservation de la réputation familiale, mettant en lumière la profonde déshumanisation à laquelle les femmes étaient confrontées au sein de la société patriarcale de l'Ancien Régime.

SECTION 3. À LA CROISÉE DES NORMES SOCIÉTALES ET DES NORMES JURIDIQUES

Prendre pour objet d'étude le consentement sexuel sous l'Ancien Régime, c'est d'emblée se confronter à un problème de définition et de consécration juridique⁹⁸. En effet, le viol d'une femme par un homme sous l'Ancien Régime a donné lieu à quelques travaux réalisés à partir de sources littéraires ou de la pratique juridique⁹⁹, comme nous l'avons examiné tout au long de ce chapitre. Pourtant, force est de constater qu'aucune définition d'arrétiste de l'époque ni aucun dossier d'archive ne mentionne la notion de « consentement », témoignant ainsi de l'absence d'une compréhension claire de ce concept pourtant clé dans le cadre des relations sexuelles. C'est sans doute l'une des caractéristiques du lexique de la violence sexuelle sous l'Ancien Régime que d'être marqué par la banalité dans les discours et récits de l'époque, d'avoir des contours flous, et d'être enveloppé d'un silence troublant, privant ainsi de justice de nombreuses victimes¹⁰⁰.

Les enjeux suscités par le phénomène de viol aux 17^e et 18^e siècles continuent de trouver une résonance contemporaine, en suggérant des sujets de réflexion tels que le doute entourant le consentement de la victime, l'administration de la preuve, ou encore la respectabilité de la victime et la crédibilité de son témoignage. En revanche, les affaires que nous avons examinées tout au long de ce premier chapitre mettent en lumière une perception sociale du viol et de la violence qui rattachent l'Ancien Régime à une société que l'on pourrait qualifier aujourd'hui de

⁹⁶ M. BERNARD, « De l'innocence juridique à la suspicion judiciaire. Le consentement à l'acte sexuel des fillettes dans les procès pour viol du Châtelet de la seconde moitié du 18^e siècle », *op. cit.*, p. 359

⁹⁷ A. SCHLEGEL, F. FOURMENT, J.-L. SENON, V. CAMUS, R. COURTOIS, *op. cit.*, p. 2.

⁹⁸ D. LETT, S. STEINBERG, F. VIRGILI, « Les violences sexuelles au cœur de l'intime », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2020/2, p. 7.

⁹⁹ D. LETT, « Femmes violentées, femmes violées dans la procédure judiciaire de Bologne », *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁰ D. LETT, S. STEINBERG, F. VIRGILI, « Les violences sexuelles au cœur de l'intime », *op. cit.*, p. 7.

« préhistoire de la civilisation des mœurs ». Mais cette approche sociale et morale vis-à-vis du viol n'est jamais que le pendant de l'indulgence judiciaire qui y règne. En théorie, il devrait en aller tout autrement, puisque les traités juridiques et ordonnances de l'époque se montrent d'une intransigeance remarquable : le viol y apparaît comme un crime infâme, condamné par des peines et sévices remarquables. Cependant, la réalité concrète de l'Ancien Régime diffère considérablement, car la manière dont le viol est perçu socialement et la configuration judiciaire créent un environnement défavorable pour les victimes¹⁰¹. En effet, la tolérance sociale tacite envers les violences sexuelles a cultivé un climat de silence, contraignant les femmes à taire leurs souffrances, ce qui a, à son tour, favorisé la permissivité à l'égard du viol, facilitant l'évasion des auteurs d'agressions.

Le lien entre les perceptions sociales et juridiques vis-à-vis du viol est d'autant plus apparent lorsqu'on examine les critères de condamnation des violences sexuelles : le rang social des hommes accusés de viol pèse considérablement en leur faveur, au sein d'une justice qui se veut socialement orientée. Comment, dans ces circonstances, peut-on s'étonner du faible nombre de plaintes enregistré par la justice ? Si l'archive judiciaire est pratiquement le seul lieu où l'on peut se saisir de la parole des victimes de violences sexuelles, nous devons garder à l'esprit qu'elle garde aussi la trace des conditions dans lesquelles cette parole est recueillie¹⁰² : en réalité, la justice de l'Ancien Régime se révèle être un adversaire redoutable de la femme victime de viol.

¹⁰¹ G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *op. cit.*

¹⁰² S. STEINBERG, « Lire et interpréter les récits de viol dans les archives judiciaires (Europe, époque moderne) », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 2020/2, p. 165.

CHAPITRE 2.

APERÇU HISTORIQUE DU CONSENTEMENT DURANT L'ÉPOQUE MODERNE (1789-1960)

SECTION 1. REPRÉSENTATIONS SOCIÉTALES DU CONSENTEMENT

§1. Dans le mariage : ordres et désordres dans la sexualité conjugale

A. Le début du 19^e siècle : la conjugalité comme cadre
nécessaire à la sexualité

1. La perpétuation d'une sexualité nécessaire et due ?

Avec la Révolution française de 1789 s'élabore une nouvelle vision du couple, et le sentiment d'amour, longtemps réprimé, semble devenir une priorité, du moins dans la littérature. C'est le grand siècle de la confession, de l'introspection, du journal intime que tiennent les jeunes filles de bonne famille. La littérature prône une nouvelle conception du mariage d'amour fondée sur l'authenticité des sentiments et visant à séparer la sexualité de la reproduction. Les besoins sexuels y sont de plus en plus associés au bien-être personnel, et deviennent le point central des mouvements de résistance contre les traditions et exigences de la société de l'Ancien régime¹⁰³. Si le journal intime recueille les larmes, il est aussi un fidèle confident lorsque les femmes sont comblées, consentent ou désirent. Une sexualité plus heureuse semble alors se dessiner tout au long du 19^e siècle, avec des couples épanouis et complices. Mais ce romantisme omniprésent reflète-t-il la réalité, ou sommes-nous face à une forme d'angélisme, où l'on tente de compenser de façon imaginaire le sort véritable imposé aux femmes ?

En effet, dans la pratique et en dépit de l'émergence de ce discours romantique, le mariage reste organisé par la contrainte sociale¹⁰⁴. Au 19^e siècle, le mariage demeure le seul statut valorisé pour les hommes et les femmes, et la société se

¹⁰³ D. SIMONNET, « Le sexe au XIXe, le siècle des oies blanches et des bordels », *L'express*, 14 août 2016, https://www.lexpress.fr/sexualite/le-sexe-au-xixe-le-siecle-des-oies-blanches-et-des-bordels_1810197.html (consulté le 5 juin 2023).

¹⁰⁴ *Ibidem*.

cristallise sur la sexualité conjugale. Le célibat y est minoritaire et déconsidéré, en particulier pour les femmes, qui sont perçues comme des « vieilles filles délaissées pour comptes » et non comme des femmes indépendantes¹⁰⁵. Ainsi, le 19^e siècle, qualifié de « siècle de la famille triomphante », accorde une importance prépondérante à la famille comme cellule de base de la société. La suprématie accordée à la famille légitime se traduit par l'ignorance de la famille naturelle, qui ne bénéficie d'aucune protection juridique¹⁰⁶. Le mariage demeure dès lors une institution essentielle, sans doute le pilier central de la famille et de la société, dans la continuité des siècles qui précèdent. Alors que le mariage était jusqu'à la Révolution française une prérogative de l'Église, il devient un contrat civil en 1792. Ce faisant, les législateurs de la Révolution n'ont pas cherché à détruire cette institution, mais au contraire à renforcer ce qu'ils considèrent être le fondement de l'ordre politique et social¹⁰⁷. Le lien conjugal constitue toujours le seul cadre légal des relations intimes, et le sentiment amoureux, bien que le bienvenu, est loin d'être primordial dans la pratique¹⁰⁸.

Partant de ce constat, on comprend que la sexualité revêt une importance primordiale, dans la mesure où elle garantit aux conjoints une descendance légitime et assure à la société sa solidité permanente¹⁰⁹. Par ailleurs, on assiste à une multiplication des discours sur les relations intimes, les normes médicales s'ajoutant aux normes religieuses¹¹⁰ ; et les médecins, principalement des hommes, promeuvent aussi une sexualité conjugale procréative. L'importance accordée au désir dans la littérature recule dès lors devant l'impératif de reproduction. En fin de compte, on constate que tout concourt à maintenir les femmes enfermées dans un rôle traditionnel d'épouse et de mère, et ce dans le cadre d'une famille restreinte envisagée comme l'unité primordiale de la société¹¹¹.

L'épouse est ainsi contrainte d'entretenir des relations charnelles avec son conjoint sans prendre en considération son propre désir, tandis que l'homme jouit de la liberté d'entretenir des rapports sexuels par pur plaisir. Il est en effet communément admis que les femmes ont des « besoins » sexuels moindres, se contentant de chastes amitiés, de préoccupations liées à la mode, à la couture, et à la maternité, contrairement à la sexualité masculine qui est estimée

¹⁰⁵ M. PERROT, « Le couple au XIX^e siècle », *La cause du désir*, n°92, 2016/1, p. 30.

¹⁰⁶ F. BATTAGLIA, « Mariage, concubinage et relations entre les sexes : Paris, 1880-1890 », *Genèses*, n°18, p. 71.

¹⁰⁷ A. VERJUS, C. CAGE, J. HEUER, A. MANSKER, M. ROBERTS, « Regards croisés sur le mariage à l'époque révolutionnaire et impériale », *Annales historiques de la Révolution française*, n°388, 2017/2, p. 148.

¹⁰⁸ M. PERROT, *op. cit.* p. 30.

¹⁰⁹ J. BARUS-MICHEL, « Point de vue sur le mariage, la sexualité et la reproduction », *Nouvelle revue de psychologie*, n°15, p. 279.

¹¹⁰ S. BEAUVALET, A. CAROL, « La sexualité légitime et la sexualité déviante (XVII-XIX^e siècles) », *France Culture*, décembre 2015, <https://www.radiofrance.fr/franceculture/podcasts/la-fabrique-de-l-histoire/la-sexualite-legitime-et-la-sexualite-deviante-xvii-xixe-siecles-1676720> (consulté le 7 mai 2023).

¹¹¹ C. PLANTÉ, « Les féministes saint-simoniennes. Possibilités et limites d'un mouvement féministe en France au lendemain de 1830 », in *Regards sur le Saint-Simonisme et les Saint-Simoniens* (sous la dir. de J.-R. DERRÉ), Lyon, Presses universitaires de Lyon, 1986, p. 76.

« incoercible », à un tel point qu'on accorde aux hommes la possibilité d'avoir recours à la prostitution et à l'adultère discret, autrement dit en dehors de la maison conjugale¹¹². Le couple conjugal repose dès lors sur une inégalité sexuelle foncière, conforme à la hiérarchie des sexes de l'Ancien Régime, qui est peu remise en question au 19^e siècle. La sexualité est contrôlée par le mari, qui en est nécessairement l'initiateur, et la femme, quant à elle, est soumise, et doit accomplir son devoir conjugal sans concupiscence¹¹³. Force est de constater que l'on se situe donc bien loin du romantisme idéalisé par la littérature, et l'idée d'un couple fondé uniquement sur le sentiment d'amour paraît peu conforme à la réalité.

2. Façonner les « oies blanches » : implications sur le consentement

Dans la France du 19^e siècle, il est d'usage que le mariage soit consommé dès la première nuit¹¹⁴, autrement dit la nuit de noces. La chambre nuptiale représente un espace investi d'attentes très élevées, puisqu'il renvoie à la fonction hautement importante de la relation sexuelle, qui scelle en principe définitivement l'union des époux et les contraint au devoir conjugal tout le long de leur vie commune¹¹⁵. Cette première nuit partagée par les époux est généralement considérée comme le premier moment d'intimité physique qu'ils expérimentent. Toutefois, dans la pratique, les hommes et les femmes ne sont guère égaux : conformément aux usages de l'époque, la plupart des hommes ont déjà entretenu des relations sexuelles avant leur mariage, que ce soit avec des servantes, des prostituées ou des filles du peuple, tandis qu'à l'opposé, les femmes doivent nécessairement arriver vierges lors de la cérémonie. La préservation de la virginité féminine avant le mariage constitue un enjeu social bien plus important que celle des hommes, dans la mesure où elle permet d'assurer à l'époux une descendance légitime¹¹⁶.

Ainsi, au début du siècle, il est conforme aux bonnes manières que les jeunes filles « bien éduquées » arrivent totalement ignorantes des mystères de la sexualité au moment de leur nuit de noces¹¹⁷. Toute leur éducation consiste à préserver leur innocence, en les maintenant à l'écart de toute information liée à la sexualité. L'imaginaire du 19^e siècle est centré sur la pudeur féminine : les femmes connaissent mal, voire pas du tout, leur corps, et elles ont même interdiction de rentrer dans des musées d'anatomie¹¹⁸. L'objectif est de façonner ce que l'on appelle les « oies blanches », autrement dit ces jeunes filles qui arrivent au mariage

¹¹² M. PERROT, *op. cit.*, p. 31.

¹¹³ D. LE GALL, « Jaspard (M.) – La sexualité en France », *Population*, 52^e année, n°6, 1997, p. 1555.

¹¹⁴ A. SALMON, « Au seuil de l'intimité conjugale : la chambre nuptiale à la Belle Époque », *Genre & Histoire*, n°27, 2021, <https://journals.openedition.org/genrehistoire/6065#:~:text=13Ainsi%2C%20la%20chambre%20nuptiale,il%20pouvait%20l%27être%20autrefois> (consulté le 7 juin 2023)

¹¹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁶ P. MORTAS, « Métamorphose, épreuve terrible ou viol légal ? La nuit de noces au XIX^e siècle », *Sexcursus*, 30 juin 2020, <https://sexcursus.hypotheses.org/783> (consulté le 5 juin 2023).

¹¹⁷ M. WALIN, « Mortas Pauline, Une rose épineuse. La défloration du XIX^e siècle », *Histoire, médecine et santé*, n°13, 2018, p. 125.

¹¹⁸ D. SIMONNET, « Le sexe au XIX^e, le siècle des oies blanches et des bordels », *op. cit.*

sans aucune connaissance sur les plaisirs charnels, et qui découvrent la sexualité lors de leur nuit de noces. Marie Cappelle, mariée en 1838 à Charles Lafarge à l'âge de 23 ans, relate dans ses mémoires le moment où ses tantes se sont efforcées de lui expliquer ses nouvelles responsabilités en tant que jeune épouse¹¹⁹ :

« Mes tantes s'enfermèrent avec moi dans le petit salon, et commencèrent à m'initier dans les effrayants mystères de mes nouveaux devoirs. Elles disaient des paroles qui me faisaient si fortement rougir et trembler, que je les arrêtai par un petit mensonge en leur assurant que je comprenais ce qu'elles voulaient me faire comprendre. Cependant, comme je n'avais jusque-là cherché la vérité que dans les nuages, je gardais ma théorie, qui était innocemment stupide, mes frayeurs qui étaient épouvantables, et ma ferme résolution de voyager nuit et jour, sans m'arrêter, jusqu'au Glandier »¹²⁰.

C'est précisément cette « innocence » des jeunes épouses qui est érotisée par les hommes lors de la nuit de noces, dans la mesure où ils ont en leur possession le corps d'une jeune femme dépourvue de toute expérience sexuelle, qu'ils pourront déflorer et domestiquer à leur guise. À l'inverse, pour les jeunes filles soumises à une éducation qui leur interdit toute connaissance de leur corps et de la sexualité, la nuit de noces est généralement vécue comme une expérience traumatisante. L'ignorance de l'épouse crée de l'appréhension et de l'inquiétude, et pour peu qu'elle soit confrontée à la brutalité d'un époux déjà expérimenté, cette première nuit lui inspire un certain dégoût de la sexualité en général. Dans son ouvrage *Une vie* publié en 1883, Guy de Maupassant décrit la nuit de noces de Jeanne, mariée à Julien, dont la première expérience sexuelle fut tragique, après que son père lui eut expliqué ses nouveaux devoirs d'épouse¹²¹ :

« Elle fit un soubresaut, comme pour se jeter à terre lorsque glissa vivement contre sa jambe une autre jambe froide et velue ; et, la figure dans ses mains, éperdue, prête à crier de peur et d'effarement, elle se blottit tout au fond de son lit. Aussitôt, il la prit en ses bras, bien qu'elle lui tournât le dos, et il baisait voracement son cou, les dentelles flottantes de sa coiffure de nuit et le col brodé de sa chemise. Elle ne remuait pas, raidie dans une horrible anxiété sentant une main forte qui cherchait sa poitrine cachée entre ses coudes. Elle haletait, bouleversée sous cet attouchement brutal ; et elle avait surtout envie de se sauver, de courir par la maison, de s'enfermer quelque part, loin de cet homme. Il la saisit à bras-le-corps, rageusement, comme affamé d'elle ; [...] mais une souffrance aiguë la déchira soudain ; et elle se mit à gémir, tordue dans ses bras, pendant qu'il la possédait violemment »¹²².

¹¹⁹ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 149.

¹²⁰ M. CAPPELLE, *Mémoires de Madame Lafarge – née Marie Cappelle*, Paris, Michel Lévy Frères, 1867, p. 188.

¹²¹ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 140.

¹²² G. DE MAUPASSANT, *Une vie*, Paris, La Bibliothèque électronique du Québec, coll. À tous les vents, vol. 382, pp. 108-110, https://beq.ebooksgratuits.com/vents/Maupassant_Une_vie.pdf (consulté le 2 juillet 2023).

Guy de Maupassant décrit sur un ton léger mais de façon précise ce que l'on qualifierait aujourd'hui de « viol conjugal », concept totalement méconnu à l'époque de l'auteur. La description de cette scène nous paraît aujourd'hui particulièrement violente, alors qu'au 19^e siècle, elle n'était rien de plus qu'une étape obligatoire dans la vie d'une jeune mariée, un moment certes « désagréable » mais vite oublié et sans conséquence réelle.

B. La fin du 19^e et le début du 20^e siècles : les prémices de l'émancipation sexuelle

1. Vers une sexualité plus libérée et épanouie ?

Si on retrouvait déjà après 1789 les prémices d'une révolution sentimentale, la fin du 19^e siècle s'accompagne d'un véritable changement dans les mœurs matrimoniales, avec une augmentation significative des mariages d'amour. Le mariage acquiert une nouvelle fonction sociale : celle de transformer l'élection amoureuse en un engagement de vie commune et en un fondement de vie maritale. La sexualité conjugale évolue donc, et la notion de plaisir féminin commence doucement à se dire : c'est l'éclosion d'un nouvel érotisme, facilité par le développement des méthodes contraceptives et d'une éthique de désir partagé¹²³. Le régulateur de la sexualité à présent, ce n'est plus la peur des flammes de l'enfer, mais c'est *l'amour*, et plus précisément l'amour conjugal¹²⁴. Un nouveau type de couple se profile : une jeune femme plus avertie de la sexualité, un homme plus soucieux de sa partenaire et de son plaisir. Le consentement change alors de signification : on voit s'élaborer un nouvel idéal d'une fusion entre consentement sexuel, consentement amoureux, et consentement matrimonial¹²⁵.

La sexualité reste néanmoins toujours difficile à aborder durant l'entre-deux-guerres, et elle n'apparaît souvent dans les discours que sous l'angle « naturel » de la reproduction. Le mariage reste ainsi le cadre normal de la vie sexuelle à une époque où la sexualité hétérosexuelle non conjugale est considérée en termes de danger (maladies vénériennes) et de déshonneur (grossesses illégitimes). Se marier, c'est donc avoir un partenaire régulier, et en principe toujours consentant puisque le viol conjugal n'est pas reconnu par la loi (voy. *infra* section 2, §1)¹²⁶.

¹²³ L. NIZARD, « La plume amazone à l'assaut du viol. Romancières du Second XIXe siècle engagées contre les violences sexuelles », *TraHs*, n°6, 2019, p. 15.

¹²⁴ I. THÉRY, *Moi aussi. La nouvelle civilité sexuelle*, coll. Traverse, Paris, Éditions du Seuil, 2022, p. 107.

¹²⁵ D. SIMONNET, « Le sexe au XIXe, le siècle des oies blanches et des bordels », *op. cit.*

¹²⁶ A.-C. REBREYEND, « Représentations des intimités amoureuses dans la France du XX^e siècle », *Itinéraires. Littérature, textes, cultures*, 2009/4, p. 152.

2. La remise en cause du modèle des « oies blanches »

Si le début du 19^e siècle étale une chape de plomb sur la sexualité, dissimulant autant que possible les réalités biologiques des relations charnelles et de la procréation, des protestations commencent à se faire entendre au milieu du siècle¹²⁷. L'éducation sexuelle se développe doucement, et le modèle éducatif de « l'oie blanche » subit de vives critiques – notamment en France sous la Troisième République (1870-1940), ses détracteurs considérant qu'il condamne les jeunes filles à débiter leur sexualité par un véritable « viol légal »¹²⁸. Des médecins se manifestent au début du 20^e siècle, tous n'étant pas neutres face à cette attitude d'obscurantisme vis-à-vis de la sexualité : beaucoup insistent pour que les mères informent leurs filles en vue de les prévenir de pénibles surprises et de les rendre plus averties. Mais celles-ci étaient souvent trop peu expérimentées que pour pouvoir guider leurs filles dans les énigmes de la sexualité¹²⁹. Des auteurs s'élèvent également contre ce standard exigeant des femmes qu'elles soient pures et innocentes lors de leur mariage, dénonçant les conséquences désastreuses que cela cause sur leur vie intime. Alexandre Dumas, dans la préface de sa pièce *L'ami des femmes* de 1864, l'exprime ainsi¹³⁰ :

« On livre cette jeune fille ignorante à ce jeune impatient [...] qui ne voit qu'une chose, c'est qu'il a en son pouvoir ce qu'il n'a jamais eu jusqu'alors, une vierge, c'est-à-dire un être clos qui contient des trésors inconnus, qu'il a le droit d'ouvrir et d'explorer. Le jeune homme éloquent, bien élevé, tendre, se transforme tout à coup. Là où la jeune fille rêvait un dieu rayonnant, elle voit sauter sur l'autel une sorte de bête velue et trépidante, balbutiant des sons rauques, affamée de sa chair, altérée de son sang. Ce n'est plus de l'amour, c'est le viol légal et consacré ; mais c'est le viol, aussi repoussant dans sa forme que celui que la loi condamne, pour cette victime que rien n'avait préparée à cette immolation de ses plus saintes pudeurs¹³¹ ».

Léon Blum, homme politique et écrivain français, adhère à l'approche de Dumas. Dans son ouvrage *Du mariage* publié en 1907, il propose une image nouvelle du couple selon laquelle le bonheur conjugal se fonde sur l'harmonie des sens et des cœurs¹³². L'auteur prône la thèse selon laquelle une société bien ordonnée doit laisser aux femmes la même liberté sexuelle que celle accordée aux hommes. Il dénonce l'absurdité de l'impératif de virginité des jeunes filles avant la cérémonie

¹²⁷ Y. KNIBIELHER, « L'éducation sexuelle des filles au XX^e siècle », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 1996/2, p. 14.

¹²⁸ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 134.

¹²⁹ Y. KNIBIELHER, « L'éducation sexuelle des filles au XX^e siècle », op. cit., p. 2.

¹³⁰ P. MORTAS, « Métamorphose, épreuve terrible ou viol légal ? La nuit de nocces au XIX^e siècle », op. cit.

¹³¹ A. DUMAS, *L'Ami des femmes*, Paris, Alexandre Cadot Éditeur, 1864, p. 12 ; cité dans M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 143.

¹³² Y. KNIBIELHER, *La virginité féminine. Mythes, fantasmes, émancipation*, Paris, Odile Jacob, 2012, p. 165.

nuptiale, et affirme qu'un mariage entre deux êtres qui n'auraient pas déjà expérimenté une vie sexuelle serait un mauvais mariage, voué à la frustration et à l'adultère. « Le vice propre du mariage actuel », dit-il, « c'est qu'il unit un homme tendant ou déjà parvenu à la période monogamique avec une femme encore neuve »¹³³. Autrement dit, Blum recommande l'amour libre avant le mariage et défend l'émancipation sexuelle des jeunes filles, mais cette thèse sera vivement critiquée dans une société où l'abstinence pré-nuptiale féminine s'impose de manière significative. Comment croire en effet que les hommes de l'époque, imbus de leur position de supériorité, puissent accorder aux femmes un droit de regard sur leur conduite sexuelle ?

Nous rejoignons évidemment le point de vue de Blum et de Dumas au sujet de l'absurdité du modèle éducatif des oies blanches. En effet, celui-ci témoigne d'un terrible paradoxe : les femmes sont plus que jamais destinées au mariage et à la maternité, et pourtant on leur cache les réalités physiologiques de l'un et de l'autre. Mais pourquoi ? Sans doute que l'on redoutait d'effrayer la jeune fille vierge qui rêve d'amour romantique, et surtout, on réservait l'initiation de l'épouse par l'époux, qui garantissait par là sa position de prestige et de pouvoir¹³⁴. L'innocence des « oies blanches » avait en fait pour effet de laisser ces jeunes femmes à la merci d'un partenaire abusif ou brutal, livrées comme de véritables objets sexuels pour satisfaire les désirs de ce dernier. On ne peut pas nier qu'aujourd'hui encore, la pureté sexuelle féminine continue de se manifester dans divers discours de la culture occidentale : ils reposent sur l'idée fallacieuse que la valeur et la dignité d'une femme sont liées à sa virginité ou à sa chasteté. Ces discours reflètent en réalité un désir de contrôle et de domination des hommes sur les femmes, contribuant à perpétuer la honte et la culpabilité associées à la sexualité féminine.

§ 2. En dehors du mariage : une nouvelle approche des violences sexuelles ?

A. L'émergence d'une nouvelle vision de la violence

Le changement dans les commentaires sur le viol aux alentours des années 1770 et les critiques de certaines impunités dans les procès constituent les premiers signes de remise en question de la rigidité et cruauté de la société de l'Ancien Régime, menant ainsi à une justice plus contemporaine. La fin du 18^e siècle s'accompagne en effet d'une nouvelle perception de la violence, faisant des rituels de justice et des spectacles de douleur et de sang des pratiques de moins en moins acceptées, et suscitant des protestations contre la cruauté et l'excès des supplices de l'époque¹³⁵. On constate ainsi un déplacement des sensibilités faisant basculer au

¹³³ L. BLUM, *Du mariage*, Paris, Société d'éditions littéraires et artistiques, 1907, p. 47, cité dans M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 144.

¹³⁴ Y. KNIBIEHLER, « L'éducation sexuelle des filles au XX^e siècle », op. cit., p. 1.

¹³⁵ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 146.

second plan la criminalité violente de l'Ancien Régime, celle de ces « hommes harassés, mal nourris, tout à l'instant, tout à la colère »¹³⁶. Progressivement, à partir de la fin du 18^e siècle, une réprobation s'est manifestée à l'égard de *toutes* les formes de violences interpersonnelles, et la société a évolué vers une plus grande protection de l'intégrité physique des personnes, avec un soudain et profond sentiment de respect pour la dignité humaine¹³⁷.

La violence est d'autant plus redoutée qu'elle devient de moins en moins familière au début du 19^e siècle, mais la curiosité et l'intérêt pour le crime sexuel restent présents¹³⁸. 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 lentement, aujourd'hui encore¹³⁹. Les récits de viol semblent en fait même répéter les convictions du siècle des Lumières, et le paysage de la société reste empreint de la culture du viol, dont les vestiges persistent encore à notre époque. L'attention pour le crime de viol change néanmoins au cours de la première moitié du 20^e siècle : l'intérêt est porté aux acteurs de la criminalité, aux normes qui les structurent, à leur rapport à autrui. Alors qu'au 19^e siècle, l'image du violeur était celle d'un ouvrier misérable étranger au quartier, un monstre fruste issu du monde rural, le danger apparaît désormais partout : l'agresseur est monsieur Tout-le-monde, un homme ordinaire intégré parmi ses concitoyens¹⁴⁰. Cette prise de conscience conduit à une sensibilité accrue envers le crime, et engendre une attitude nouvelle empreinte de méfiance. Cette croissance de la résistance à la violence entraîne une dénonciation renforcée de la violence sexuelle, comme nous l'explorerons ci-dessous.

B. Lorsque les femmes dénoncent : la mise en lumière des violences sexuelles au travers de la littérature

« Au lendemain de la Révolution, tout change », peut-on lire dans certains ouvrages. Geneviève Fraisse l'affirme elle-même : « le consentement des femmes devient une affaire sérieuse »¹⁴¹. Mais la rupture est-elle si grande ? Il semblerait que ce ne soit pas le cas en matière de violences sexuelles perpétrées à l'encontre des femmes : comme nous l'avons mentionné préalablement, ces violences restent ancrées dans la société de l'époque, en formant une composante presque naturelle. Le concept de consentement sexuel féminin demeure ainsi dissimulé

¹³⁶ B. BOUTELET, « Étude par sondage de la criminalité dans le bailliage du Pont-de-l'Arche (XVII^e-XVIII^e siècles) » *Annales de Normandie*, 1962, p. 236 ; cité dans G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 133.

¹³⁷ V. LE GOAZIOU, *Viol. Que fait la justice ?*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019, p. 29.

¹³⁸ G. VIGARELLO, *op. cit.*, pp. 131-133.

¹³⁹ V. LE GOAZIOU, *op. cit.*, p. 30.

¹⁴⁰ L. FERRON, « Georges Vigarello, Histoire du viol XVI^e-XX^e siècle », *Clio. Femmes, Genre, Histoire*, 1999/1, p. 24.

¹⁴¹ G. FRAISSE, *op. cit.*, pp. 46-47.

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 intime¹⁴².

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. Les voix des femmes commencent à s'élever, sortant ainsi du silence dans lequel l'histoire les avait si longtemps enfermées, les sources de l'Ancien Régime étant exclusivement masculines lorsqu'il était question de l'intimité féminine¹⁴³. 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 majoritairement, voire exclusivement, dominé par les hommes, et très peu sensible à la problématique du consentement sexuel féminin. Elles sortent alors du domaine littéraire qui leur était réservé, non sans risques et représailles, et dénoncent le paysage romanesque empreint de la culture du viol¹⁴⁴.

En incarnant dans leurs personnages féminins leur douloureuse bataille contre la satisfaction purement masculine, les romancières soutiennent un désir féminin libre, reposant sur le consentement des deux partenaires. Au travers de leurs romans, elles tentent de bouleverser les scènes sexuelles romanesques traditionnelles et de dénoncer la violence sexuelle cachée, réclamant une attention nouvelle au consentement féminin¹⁴⁵. À titre d'illustration, dans son ouvrage *Marie, fille-mère*¹⁴⁶, l'auteure Lucie Delarue-Mardrus raconte l'injustice tragique subie par sa jeune héroïne Marie, violée et abandonnée enceinte par celui que l'auteure qualifie sans hésitation d'« agresseur » ou de « bourreau ». Le personnage de Marie incarne le destin de toutes les femmes au destin piétiné par la violence masculine, dont Delarue se fait une dénonciatrice virulente¹⁴⁷.

C. La comédie de résistance comme stratégie de séduction

Travestir les violences sexuelles en prétendus jeux érotiques reste une pratique courante dans l'imaginaire contemporain, dans la lignée des 17^e et 18^e siècles. De nombreux romans, majoritairement écrits par des hommes, ne décrivent pas les violences sexuelles comme telles, mais les présentent comme un jeu de séduction, un moyen d'éveiller le désir des hommes. Ces textes sont imprégnés par

¹⁴² M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 134.

¹⁴³ *Ibid.*, p. 146.

¹⁴⁴ L. NIZARD, « La plume amazone à l'assaut du viol. Romancières du Second XIX^e siècle engagées contre les violences sexuelles », op. cit., p. 18.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

¹⁴⁶ L. DELARUE-MARDRUS, *Marie, fille-mère*, Paris, Bibliothèque-Charpentier, Eugène Fasquelle Éditeur, 1908.

¹⁴⁷ L. NIZARD, « Lucie Delarue-Mardrus ou le combat contre la violence mâle », *Les Jaseuses*, octobre 2019, <https://lesparleuses.hypotheses.org/1063> (consulté le 4 juillet 2023).

l'imaginaire du mâle dominant soumettant la femelle par la force, témoignant ainsi d'une perception ambivalente des violences sexuelles, voire les justifiant. Le viol est à la fois dédramatisé et érotisé, déclenchant chez son auteur une sensualité complaisante. Le point de vue féminin dénonciateur des romancières que nous avons exploré ci-dessus est alors décrédibilisé, la victime étant toujours présentée comme complaisante, sinon coupable¹⁴⁸.

SECTION 2. REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DU CONSENTEMENT

§1. Dans le mariage : les prémices du crime de viol conjugal

Au 19^e siècle, les abus sexuels entre époux ont encore force de loi tacite. En effet, le Code civil de Napoléon, adopté en 1804 et instaurant une législation unifiée, énumère en ses anciens articles 212 à 214 une série d'obligations que les époux se doivent mutuellement : l'article 212 prévoit que les époux se doivent *fidélité*, *secours* et *assistance*, tandis que l'article 213 établit que le mari doit *protection* à sa femme, la femme *obéissance* à son mari. Nous constatons d'emblée que ces dispositions constituent une description presque identique à la définition donnée à l'union conjugale sous l'Ancien Régime. Bien que le devoir conjugal n'apparaisse jamais tel quel dans les travaux préparatoires du Code, de nombreuses références sont faites à la procréation comme fin du mariage en soi¹⁴⁹, impliquant nécessairement l'existence de relations sexuelles entre époux – autrement dit le devoir conjugal.

L'univers juridique fait coexister deux normes – l'une civile et l'autre pénale, visant à réguler les valeurs familiales. Mais c'est au Code civil de 1804 qu'appartient la tâche de gérer les conflits conjugaux. En y insérant, à l'ancien article 231, les *excès*, *sérvices* et *injures graves* comme causes de divorce ou de séparation de corps, le législateur reconnaît l'existence de mauvais traitements entre époux et met à leur disposition un mode de règlement des conflits¹⁵⁰. En revanche, si le refus de consommer le mariage ou d'avoir des relations intimes est considéré comme un fait injurieux de l'article 231 - permettant d'ouvrir la voie à la séparation, le fait de

¹⁴⁸ L. NIZARD, « La plume amazone à l'assaut du viol. Romancières du Second XIX^e siècle engagées contre les violences sexuelles », *op. cit.*, p. 18.

¹⁴⁹ R. BEAUTHIER, « Construction du divorce et des relations entre époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon », in *Les femmes et le droit. Constructions idéologiques et pratiques sociales* (sous la dir. de A. DEVILLÉ et O. PAYE), coll. Travaux et recherches, Bruxelles, Presses universitaires de Saint-Louis, 2019, pp. 78-79.

¹⁵⁰ V. VANNEAU, « L'Invention juridique des violences conjugales au XIX^e siècle », *Les Cahiers de la Justice*, n°2, 2016/2, p. 306.

forcer un rapport charnel sans violence physique ne semble pas avoir été retenu dans ces motifs¹⁵¹.

Par ailleurs, quand bien même le divorce ou la séparation de corps serait prononcé, la norme civile ne punit pas les coups : certes, la vie commune prend fin, mais les violences (y compris sexuelles) exercées par l'un des époux sur l'autre demeurent impunies. Or, l'acte de viol ou d'atteinte à la pudeur excède largement la norme civile ; il constitue un crime et commande le recours à la norme pénale. Mais il n'est pas simple pour une femme victime de tels préjudices de porter son action devant les tribunaux pénaux. La question du viol conjugal reste en effet extrêmement délicate au 19^e siècle, et il ne peut en principe pas y avoir de viol puisque le mariage a précisément pour effet de donner au mari la libre disposition du corps de sa femme. Le devoir conjugal, toujours persistant, reste ainsi sans doute l'obstacle le plus significatif à la reconnaissance pénale des abus sexuels entre époux¹⁵².

Une première évolution eut néanmoins lieu en 1839 en France : une femme porta plainte contre son époux pour les actes « d'une grande immoralité » qu'il lui faisait subir, invoquant l'ancien article 332 du Code pénal de 1810. La Chambre des mises en accusation de la Seine donna raison à la plaignante. L'accusé forma alors un pourvoi au motif que cette disposition n'était pas applicable car il ne pouvait y avoir, entre un mari et sa femme, d'attentat à la pudeur punissable par la loi. Toutefois, la Cour de cassation française rejeta le pourvoi dans les termes suivants : « [...] si le mariage a pour but l'union de l'homme et de la femme, et si les devoirs qu'il impose établissent entre les époux des rapports intimes et nécessaires, il ne s'ensuit pas que la femme cesse d'être protégée par les lois, ni qu'elle puisse être forcée de subir des actes contraires à la fin légitime du mariage »¹⁵³. Ainsi, si elle ne va pas jusqu'à reconnaître le viol conjugal, cette décision admet en revanche bel et bien l'attentat à la pudeur exercé par un mari sur sa femme, marquant un précieux jalon d'entrée des abus sexuels entre époux dans l'exercice du droit¹⁵⁴.

§2. En dehors du mariage : renforcer (timidement) la sévérité des sanctions

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. La perception de la violence change considérablement, ce qui nécessite une nouvelle approche juridique du crime de viol (extraconjugal)¹⁵⁵.

¹⁵¹ V. VANNEAU, *La paix des ménages. Histoire des violences conjugales XIXe-XXIe siècle*, Paris, Anamosa, 2016, p. 62.

¹⁵² *Ibidem*.

¹⁵³ Cass. fr., 21 novembre 1839, *Jurisprudence générale du Royaume*, 1840, p. 8.

¹⁵⁴ V. VANNEAU, *La paix des ménages. Histoire des violences conjugales XIXe-XXIe siècle*, op. cit., p. 246.

¹⁵⁵ G. VIGARELLO, op. cit., p. 107.

A. Une révolution par les codes ?

1) L'adoption du Code pénal de 1791 : du crime moral au crime social

Les dispositions juridiques de l'Ancien Régime constituent un ensemble disparate à la veille de la Révolution française, et la répression du viol émane principalement du droit coutumier et de la jurisprudence. Ces mots entremêlés ont donné naissance à un discours plaidant en faveur d'une justice plus rigoureuse, ce qui a suscité la rédaction du premier Code pénal de 1791¹⁵⁶. Le Code différencie désormais les « crimes et attentats contre les personnes » des « crimes et délits contre les propriétés », le viol étant inscrit dans la première catégorie, ce qui renforce encore davantage l'identité personnelle de la victime aux dépens de celle de son père ou de son mari¹⁵⁷. Le viol y fait l'objet d'une inscription propre à l'article 29 qui prévoit que « le viol sera puni de six années de fer », autrement dit six années de prison, tandis que l'article 30 porte la peine à douze ans lorsque « le crime aura été commis dans la personne d'une fille âgée de moins de quatorze ans accomplis, ou lorsque le coupable aura été aidé dans son crime par la violence et les efforts d'un ou plusieurs complices »¹⁵⁸. À l'instar de l'Ancien Régime, on retrouve ainsi l'idée d'une hiérarchisation de la gravité du crime suivant l'âge de la victime au moment de l'agression, mais également une nouveauté : l'hypothèse du crime commis par plusieurs protagonistes.

Une première étape significative est franchie : le viol est désormais inscrit et sanctionné par le Code pénal de 1791.

Néanmoins, on se heurte immédiatement à ses limites puisque la notion de viol n'est pas explicitement définie dans les dispositions pénales qui le condamnent. D'où le risque de controverse sur la notion de « seuil de l'acte », sur l'existence ou non d'une intromission, et sur le caractère « partiel » ou « total » de celle-ci. D'où aussi la tendance à réduire la violence sexuelle au seul acte de viol, occultant ainsi totalement les autres formes de violences qui, sans être assimilables à une pénétration génitale forcée, affectent sexuellement une victime. En conclusion, le code de 1791 cultive aussi des silences et lacunes perçus aujourd'hui comme des zones d'obscurité¹⁵⁹.

La seconde spécificité du Code de 1791 tient à son abandon à toute référence religieuse dans le jugement du crime, la menace sociale étant dorénavant privilégiée par rapport au contenu moral. La moindre tolérance à la violence que

¹⁵⁶ F. GIULIANI, *Les liaisons interdites. Histoire de l'inceste au XIX^e siècle*, Paris, Publication de la Sorbonne, 2014, pp. 25-26, <https://books.openedition.org/psorbonne/57909> (consulté le 7 juillet 2023).

¹⁵⁷ L. FERRON, « Georges Vigarello, Histoire du viol XVIe-XXe siècle », *op. cit.*, p. 24.

¹⁵⁸ Code pénal de 1791, art. 29 et 30.

¹⁵⁹ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 111.

connaît la fin du 18^e siècle se traduit en effet par laïcisation du crime de viol, qui est désormais dissocié du péché¹⁶⁰. Il est admis que l'éthique législative doit désormais reposer sur un État qui vise la protection des intérêts de ses citoyens, et non plus sur la religion¹⁶¹. Cette règle était elle-même déjà suggérée, deux années plus tôt, dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 qui prévoit que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société¹⁶² », imposant ainsi la distinction entre le péché individuel et la menace collective¹⁶³.

2) L'adoption du Code pénal de 1810 : l'extension à de nouvelles formes de violences

Le 21 mars 1801, une commission de cinq membres est chargée de rédiger un nouveau Code pénal, qui verra le jour en 1810. Alors que le Code de 1791 ne parlait que du viol et restait muet sur d'autres crimes – pourtant contraires aux bonnes mœurs, le législateur a décidé, en 1810, de combler cette lacune. L'article 331 du Code de 1810 prévoit désormais que « quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre *attentat à la pudeur*, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion », tandis que l'article 332 prévoit une peine de travaux forcés lorsque la victime est un enfant de moins de quinze ans. En ajoutant la catégorie pénale de « l'attentat à la pudeur », l'intention du législateur de 1810 était d'offrir une définition plus large des violences sexuelles. La particularité dudit Code tient donc au fait qu'il crée des crimes et délits qui jusque-là n'existaient pas, désignant des violences sexuelles qui demeuraient ignorées, et il instaure une hiérarchie de gravité explicite entre les violences sexuelles. Le spectre des violences sexuelles s'agrandit alors considérablement, d'autant plus qu'il ne limite plus l'offense à la pudeur des femmes : le crime d'attentat à la pudeur peut désormais aussi être commis envers un homme¹⁶⁴.

À l'instar du Code de 1791, le Code pénal de 1810 ne définit ni le crime de viol ni celui d'attentat à la pudeur, la tâche de leur délimitation revenant dès lors à la jurisprudence et à la médecine légale¹⁶⁵. À cet égard, l'arrêt *Dubas* de la Cour de cassation française du 25 juin 1857¹⁶⁶ définit le crime de viol comme le « fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la

¹⁶⁰ *Ibid.*, p. 113.

¹⁶¹ F. GIULIANI, *op. cit.*, p. 27.

¹⁶² Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, 26 août 1789, art. 5.

¹⁶³ G. VIGARELLO, *op. cit.*, p. 113.

¹⁶⁴ *Ibid.*, p. 141 ; F. GIULIANI, *op. cit.*, p. 70, <https://books.openedition.org/psorbonne/57909> (consulté le 8 juin 2023).

¹⁶⁵ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, *op. cit.*, p. 155.

¹⁶⁶ Cass. crim. fr., 25 juin 1857, Bull. n°240.

volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action »¹⁶⁷. Nous observons là les prémisses de la définition actuelle du viol : violence, contrainte, surprise. Une autre avancée significative dans la définition proposée par la Cour réside dans l'intégration de la notion de *consentement*, occultée pendant de nombreuses années. Le viol demeure en revanche encore un crime strictement associé au féminin, la jurisprudence considérant qu'il ne peut se commettre que par la pénétration forcée du sexe d'une femme (non-mariée) par le sexe d'un homme¹⁶⁸.

La problématique de la contrainte *morale* voit, elle aussi, sa consécration au travers de cette décision de 1857, alors que cette question ne se posait pas sous l'ancien droit tant le principe de l'acte forcé demeurerait celui de l'emprise physique. Cependant, le pénaliste René Garraud, dans son *Traité théorique et pratique de droit pénal français* publié en 1913, affirme que la question du consentement – et plus précisément la caractérisation du viol – en dehors des violences physiques restait difficilement acceptée : « en l'absence de toute disposition spéciale du Code pénal français, on éprouve quelque scrupule à placer sur la même ligne la violence morale et la violence matérielle, et à admettre que la femme consentant, sous la pression même des menaces les plus graves, à se livrer à un homme, puisse prétendre avoir été violée par celui-ci »¹⁶⁹. La rétrospective de tels propos est saisissante à notre époque, lorsque l'on sait que l'état de sidération dans lequel se trouvent de nombreuses victimes peut s'avérer suffisant pour induire leur coopération sans nécessiter de force physique manifeste.

3) L'adoption du Code pénal de 1867 : la protection de l'ordre des familles avant tout

Un demi-siècle plus tard, la Belgique adopte son premier Code pénal, promulgué le 8 juin 1867, Code qui est actuellement toujours en vigueur. Celui-ci demeure néanmoins étroitement lié au Code napoléonien de 1810, mettant toujours l'accent sur les valeurs de vertu et d'ordre. Cela se reflète d'ailleurs dans le nouveau titre VII du Code de 1867 « les crimes et délits contre l'ordre des familles et la moralité publique », au sein duquel le législateur a rangé les infractions d'attentat à la pudeur et de viol¹⁷⁰. Ainsi, la criminalisation de ces crimes est davantage influencée par la préservation de l'ordre familial que par la considération de l'intégrité de la victime.

¹⁶⁷ C. GUÉRY, « On créé le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°2, 2020/2, p. 257.

¹⁶⁸ Prendre le droit, Histoire de la pénalisation des violences sexuelles en France, *Féministes pour un monde sans viol(s)*, <http://prendredroit.org/histoire/> (consulté le 15 juin 2023).

¹⁶⁹ E. HADDAD-MIMOUN, « Gisèle Halimi : combattre pour que le viol soit puni », *Predictice*, juillet 2020, <https://blog.predictice.com/gisele-halimi-histoire-du-viol> (consulté le 19 juillet 2023).

¹⁷⁰ D. HEIRBAUT, « De vrouwen (on)rechtsgeschiedenis van Napoleon tot vandaag: een verhaal van voortdurende vooruitgang? » in *Recht en gender in België : 10 jaar later* (sous la dir. de E. BREMS, P. CANNOOT, L. STIEVENS), Brugge, Die Keure, 2021, p. 97.

Selon l'ancien article 375 du Code pénal, le crime de viol doit être commis « soit à l'aide de violence, de menaces graves, soit par la ruse, soit en abusant d'une personne qui par l'effet d'une maladie, par l'altération de ses facultés ou par toute autre cause accidentelle, avait perdu l'usage de ses sens, ou en avait été privée par quelque artifice ». La formulation choisie par le législateur ne semble ainsi pas s'intéresser au consentement libre et éclairé de la victime, mais elle énumère plutôt les comportements de l'auteur pouvant conduire à l'absence de consentement¹⁷¹. En outre, la morale ne reconnaît comme viol que l'acte sexuel dit « naturel », commis contre une femme, sans son consentement, par un homme qui n'est pas son mari. Ce faisant, le Code de 1867 vise à empêcher les naissances illégitimes, les époux étant dès lors exclu du champ d'application, dans le but de protéger l'ordre familial¹⁷². L'ancien article 373, alinéa 1^{er} du Code pénal de 1867 prévoit quant à lui que l'attentat à la pudeur, commis à l'aide de violence ou menaces, peut se commettre « sur des personnes de l'un ou de l'autre sexe », à l'instar du Code de 1810.

B. Vers une justice plus répressive ?

C'est 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. Avec l'adoption du Code de 1810, des violences « inférieures » à celle du viol sont reconnues, et bien que les actes concernés demeurent multiples et indécis, ils suggèrent une sensibilité nouvelle des juges face aux violences sexuelles. Déjà en 1791, les magistrats utilisaient des expressions telles que l'« outrage fait à la pudeur des femmes » et l'« action déshonnête » pour désigner ces brutalités distinctes du viol que les tribunaux de l'Ancien Régime ignoraient. 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 toujours plus grande¹⁷³.

Le bouleversement promis par l'adoption des codes révolutionnaires 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 au 19^e siècle. Si la littérature parvient à donner une voix aux violences sexuelles subies par les femmes et à soulever des questions concernant leur consentement, il n'en demeure pas moins que le fardeau de la honte reste un paramètre important aux 19^e et 20^e siècles. Le seul abandon des critères religieux pour condamner le crime de viol ne peut en effet suffire à effacer la honte de la femme qui en est la victime : les plaintes n'augmentent donc pas brusquement, et

¹⁷¹ A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2006, p. 85.

¹⁷² A. GARCIA, I. DUMONT, « Harcèlement, violence intraconjugale, viol : enjeux, politiques et perspectives », in *Corps de femmes, sexualité et contrôle social*, Louvain-la-Neuve, De Boeck Supérieur, 2002, p. 177.

¹⁷³ G. VIGARELLO, *op. cit.*, pp. 118-121.

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 nécessairement d'un accroissement équivalent des poursuites, en particulier en ce qui concerne les femmes adultes¹⁷⁴. De plus, il nous semble évident que l'insécurité juridique liée à l'absence de définition légale du crime de « viol » devait se manifester naturellement dans les procès : si le terme de viol est incontestablement plus approprié que celui de « rapt », une marge de manœuvre était néanmoins laissée aux juges dans l'interprétation des faits, ce qui freinait sans doute les femmes à dénoncer les crimes dont elles sont victimes.

Ce n'est que vers la fin du 19^e siècle qu'une faible progression des poursuites pour agressions sexuelles commises sur des femmes adultes se fait ressentir, mais l'absence de témoins et le doute sur le consentement de la victime continuent de bénéficier à l'accusé, et un verdict de non-culpabilité est rendu dans 70% des cas¹⁷⁵. Néanmoins, après 1860, quelques experts s'attardent pour la première fois aux blessures intimes des victimes de viol, et non plus seulement aux blessures physiques et au déshonneur. Ils évoquent des souffrances émotionnelles diffuses, mais d'une façon générale, les médecins et juges évaluent encore fortement le crime sexuel à ses résonances sur les mœurs, et moins à ses résonances sur la vie personnelle¹⁷⁶.

C. Le soupçon de consentement renforcé : l'impact de la médecine légale

Le législateur de 1810 a voulu proportionner la peine au délit, autrement dit faire en sorte que la sanction pénale soit à la hauteur de l'acte incriminé. 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. Si la médecine légale existait déjà sous l'Ancien Régime, son enrichissement s'accroît de manière significative dès le 19^e siècle. Un langage scientifique se met ainsi en place, avec davantage de rigueur et de précision que durant les siècles précédents¹⁷⁷.

Au 19^e siècle, il appartient en théorie à l'accusatrice de prouver qu'un viol a eu lieu, et qu'il a été imposé par un homme usant de violence. Selon le professeur de médecine légale François-Emmanuel Fodéré, une accusation de viol ne peut être accueillie que si elle est accompagnée de la preuve des quatre éléments suivants : « 1° qu'il y ait eu une résistance constante et toujours égale de la prétendue violée ; 2° qu'il y ait eu une inégalité évidente de ses forces avec celle du prétendu violeur ; 3° qu'elle ait poussé des cris ; 4° qu'il soit resté sur elle des traces de la violence qui

¹⁷⁴ *Ibid.*, pp. 108-114.

¹⁷⁵ *Ibid.*, pp. 180-182 ; E. RONAI, *op. cit.*, p. 13.

¹⁷⁶ G. VIGARELLO, *op. cit.*, pp. 236-238.

¹⁷⁷ F. CHAUVAUD, « La preuve par l'hymen : le viol des femmes sous l'œil des médecins légistes (1810-1890) », in *Le corps en lambeaux. Violences sexuelles et sexuées faites aux femmes*, *op. cit.*, p. 64.

lui aurait été faite »¹⁷⁸. Pour résoudre ces questions, la preuve la plus convaincante semble être non pas 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 sur les avant-bras, le cou, et à l'intérieur des cuisses, 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, calomniatrices, voire intéressées à la plainte¹⁷⁹. 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 femmes¹⁸⁰. Une femme mariée ou une fille célibataire anciennement déflorée pourra en effet difficilement faire entendre sa plainte, car comme l'écrit le médecin légiste français Alexandre Lacassagne, « chez les femmes ou les filles déflorées depuis longtemps, il ne peut y avoir aucune lésion du côté des organes génitaux »¹⁸¹. Et l'indice déterminant que représente la défloration devient alors une preuve manquante¹⁸².

Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de viol, les médecins légistes semblent s'accorder sur le fait qu'un homme seul ne peut violer une femme seule. Le médecin légiste Paul Brouardel écrit en effet en 1909 qu'« un homme seul ne peut violer une femme qui fait des mouvements énergiques du bassin pour le repousser ; par conséquent, si l'acte a été commis, c'est que la femme ne s'est pas défendue »¹⁸³. Si les soupçons pèsent dorénavant 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 décredibilisation de la femme violée se font plus calculées et sophistiquées. La certitude qu'un viol sur une femme seule par un homme seul est impossible est en effet extrapolée dans un raisonnement abstrait, basé sur des références tantôt de médecins légistes, tantôt de magistrats¹⁸⁴. Avec de telles théories, les professeurs de médecine légale ne semblent retenir comme cas de viol que les viols collectifs, de femmes inconscientes ou entravées, les viols d'enfants ou les viols associés à des blessures graves ou à des meurtres. L'observation médicale apparaît ainsi prisonnière de la façon de penser d'une société patriarcale, renforçant la difficulté pour une femme adulte de porter plainte avant les années 1970¹⁸⁵.

¹⁷⁸ F.-E. FODÉRÉ, *Traité de médecine légale*, Paris, 1813, p. 327 ; cité dans L. FERRON, « Prouver le crime de viol au XIXe siècle », in *La preuve en justice. De l'Antiquité à nos jours* (sous la dir. de B. LEMESLE), Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2003, p. 213.

¹⁷⁹ L. FERRON, « Déconstruction des discours des manuels de médecine légale sur les femmes violées », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, 2001, <https://journals.openedition.org/chrhc/1861> (consulté le 26 juillet 2023).

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ A. LACASSAGNE, *Précis de médecine judiciaire*, Paris, 1878, p. 470.

¹⁸² L. FERRON, « Prouver le crime de viol au XIXe siècle », *op. cit.*, p. 215.

¹⁸³ P. BROUARDEL, *Les attentats aux mœurs*, Paris, 1909, p. 96.

¹⁸⁴ G. VIGARELLO, *op. cit.*, pp. 52-53.

¹⁸⁵ L. FERRON, « Déconstruction des discours des manuels de médecine légale sur les femmes violées », *op. cit.*, <https://journals.openedition.org/chrhc/1861> (consulté le 26 juillet 2023).

D. La victime de viol : de l'invisibilité à la reconnaissance ?

Dans la formule de Sieyès lue en préambule à la Constitution française le 20 juillet 1789, il y est consacré un droit à une invincible appartenance à soi, soit une disposition pleine et entière de sa personne, bouleversant ainsi l'image traditionnelle de la violence sexuelle prévalente sous l'Ancien Régime. La victime devient un sujet à part entière, et le préjudice subi se concentre davantage sur son intégrité personnelle plutôt que son « propriétaire ». Toute référence au terme de « rapt » est abandonnée, obligeant à penser la victime comme un être à part entière et non plus à partir de son « possesseur » présumé. Ce principe de la libre disposition de soi constitue un fil rouge à travers l'ensemble des codes révolutionnaires. Néanmoins, la conviction que la défense d'une femme violée appartient à son tuteur, père ou mari, subsiste lors des procès. En effet, le Code civil de 1804 maintient diverses formes de tutelle masculine sur les femmes, empêchant ces dernières d'ester en justice. Une femme victime de viol devient ainsi un être « clivé », dont l'autonomie est à la fois accordée et bornée, affirmée et contrainte. La médecine légale du début du 19^e siècle légitimise d'ailleurs la tutelle de la femme, fondant cette inégalité dans les choses du corps, transposant la soumission de la femme en nécessité « démontrée » : la conviction que le préjudice commis atteint d'abord ses tuteurs perdure ainsi implicitement¹⁸⁶.

Certes, les codes ont hiérarchisé des gravités pourtant longtemps ignorées, ont rendu la victime plus indépendante de ses tuteurs, plus indépendante de la faute morale dans laquelle elle était maintenue. Pourtant, il subsiste des limites dans ces renouvellements : l'autonomie de la victime s'avère concrètement balisée, et celle-ci reste communément associée au crime de viol. Autrement dit, l'adoption des codes ne peut évidemment pas d'emblée provoquer une brusque conversion de l'autonomie des femmes, même si les premiers changements commencent à être perceptibles¹⁸⁷.

SECTION 3. À LA CROISÉE DES NORMES SOCIÉTALES ET DES NORMES JURIDIQUES

Les décennies centrales du 19^e siècle ont apporté trois changements majeurs dans l'appréhension du crime sexuel. Premièrement, une nouvelle réflexion pénale et une révision dans l'échelonnement des actes de violence, avec la tentative de désignations d'actes différents du viol, ou « moins graves » que lui. Ensuite, les prémices d'une prise en considération de la violence morale, déliée de l'emprise physique et de l'exercice de la force. Enfin, l'accroissement progressif des plaintes et des récits de viol - notamment au travers de la littérature, et une sensibilité

¹⁸⁶ G. VIGARELLO, *op. cit.*, pp. 107-110.

¹⁸⁷ *Ibid.*, pp. 108 et 124.

nettement plus avivée envers les violences sexuelles et les actes de sang. Peu de changements en revanche dans la façon de juger. L'histoire du viol aux 19^e et 20^e siècles révèle en effet une sensible distance entre un évident approfondissement dans le discernement de l'oppression sexuelle envers les femmes, d'une part, et la difficulté persistante de surmonter concrètement le fardeau de la honte et le poids du soupçon qui pèsent sur les victimes, d'autre part¹⁸⁸. Autrement dit, la nouvelle réflexion pénale qui se dégage de l'adoption des codes ne s'accompagne ni d'un changement immédiat dans la pratique juridique, ni d'un changement dans l'approche culturelle du viol¹⁸⁹.

Si la Révolution française a permis de nombreuses avancées législatives et sociales, le paysage des violences sexuelles faites aux femmes et du consentement sexuel féminin demeure empreint d'une continuité frappante. Ainsi, la Révolution française ouvre une période qui nous paraît terriblement contradictoire, tant elle nous est à la fois proche et étrangère. D'un côté, la Déclaration des droits de l'homme inaugure une pensée démocratique moderne, et porte au plus haut les valeurs de liberté, d'égalité, d'autonomie. De l'autre, elle admet comme évidente la hiérarchie entre les sexes¹⁹⁰. C'est ce que l'auteure Irène Théry s'est proposée d'appeler le « paradoxe de l'égalité » : c'est au moment où l'on proclame l'égalité de tous en droit que se déploie ce 19^e siècle que les historien·ne·s ont décrit comme l'« âge d'or de l'ordre masculin » et du « triomphe de la virilité »¹⁹¹.

¹⁸⁸ *Ibid.*, pp. 197-198.

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 81.

¹⁹⁰ I. THÉRY, *op. cit.*, pp. 99-100.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 136.

CHAPITRE 3.

LA PLACE DU CONSENTEMENT DANS NOTRE SOCIÉTÉ POSTMODERNE (1960 – ...)

SECTION 1. REPRÉSENTATIONS SOCIÉTALES DU CONSENTEMENT

§1. Dans le mariage : bouleversements dans la sexualité conjugale

A. Une sexualité sans procréation : lorsque les femmes désirent

Au cours de la seconde moitié du 20^e siècle, les conduites sexuelles ont connu de grands bouleversements liés à de profonds changements dans les rapports entre les sexes et dans l'organisation conjugale. Sous la pression du mouvement de la révolution sexuelle dans les années 1960, la sexualité féminine fait l'objet d'une attention nouvelle : les femmes revendiquent un droit à une sexualité épanouissante, leur permettant d'assumer leur plaisir et d'affirmer leur désir. Ce changement majeur est à l'origine de transformations dans l'intimité conjugale et a conduit à l'émergence du modèle de l'amour qui repose sur une stricte égalité sexuelle et émotionnelle¹⁹². La libération sexuelle des années 60 marque ainsi un tournant décisif en matière de sexualité conjugale, le droit à la jouissance féminine étant enfin considéré en soi. La sexualité est désormais vécue comme un temps d'échanges et de découvertes, de quête du plaisir, et non plus comme le simple respect de devoirs dictés et contrôlés par des institutions externes¹⁹³. On constate ainsi la montée d'un certain idéal de réciprocité et d'une meilleure prise en considération du désir et du consentement féminin au sein du couple. La révolution sexuelle instaure une vision radicalement nouvelle du consentement : il s'agit désormais d'un consentement *amoureux*, dans lequel l'épanouissement sexuel prend pleinement sa place. Il ne s'agit plus, comme sous l'Ancien Régime, de consentir « une fois pour toutes », mais de consentir à chacun des rapports sexuels entrepris¹⁹⁴.

¹⁹² E. SANTELLI, « De la jeunesse sexuelle à la sexualité conjugale, des femmes en retrait. L'expérience de jeunes couples », *Genre, sexualité & société*, <https://journals.openedition.org/gss/5079> (consulté le 14 juillet 2023).

¹⁹³ M. BOZON, « Jeunesse et sexualité (1950-2000) », in *Jeunesse oblige. Histoire des jeunes en France XIXe-XXIe siècle* (sous la dir. de L. BANTIGNY, I. JABLONKA), coll. Le Nœud Gordien, Paris Presses universitaires de France, 2009, p. 226.

¹⁹⁴ I. THÉRY, *op. cit.*, p. 159.

Le mois de mai 1968 marquera particulièrement les esprits : de nombreux étudiants élèvent leur voix contre l'ancienne morale sexuelle fondée sur les préceptes édictés par l'Église qui considérait la sexualité comme un mal nécessaire et prohibait strictement toute sexualité en dehors du cadre du mariage¹⁹⁵. Le mouvement social de mai 68 remet en cause la fonction traditionnelle de la sexualité conjugale, celle de garantir la perpétuation de la lignée familiale, et fait office de catalyseur dans la libération de la procréation : les femmes acquièrent alors la liberté de s'affranchir de la maternité, provoquant une véritable rupture entre sexualité et reproduction, sans doute facilitée par l'avènement de nouvelles méthodes contraceptives. La sexualité est désormais récréative, entendue au sens d'une sexualité de loisir, de temps libre, et sans intention procréative, dont l'objectif principal est le bien-être¹⁹⁶.

Puisque la sexualité est désormais dissociée de la reproduction, les femmes peuvent, pour la première fois dans l'Histoire judéo-chrétienne, entretenir des relations sexuelles avant de s'engager dans une quelconque union conjugale. Contrairement aux siècles précédents, les débuts de la vie sexuelle ne coïncident plus nécessairement avec le début de la vie conjugale. En effet, alors que dans les générations antérieures, c'est l'institution matrimoniale qui fondait le couple et autorisait la sexualité, les relations sexuelles peuvent aujourd'hui se dérouler en dehors de toute dimension amoureuse ou de couple¹⁹⁷. Par conséquent, le mariage devient une simple question de conscience personnelle. Il n'est plus considéré comme le seul lieu d'une sexualité véritablement valorisée, et le consentement sexuel rompt avec l'institution matrimoniale qui en avait, jusque-là, toujours été le socle : dorénavant, la seule relation sexuelle permise par la société est la relation consentie, quel que soit le statut matrimonial des protagonistes¹⁹⁸. La sexualité devient un préalable personnel à l'existence de nombreux couples, un élément central dans l'épanouissement des hommes et des femmes¹⁹⁹.

Pourtant, malgré la révolution de 68, les femmes continuent souvent, dès leur enfance et jusqu'à leur entrée dans la sexualité active, à être socialisées d'une manière telle qu'elles ont tendance à ne pas exprimer ce désir, à le refouler. La morale commune juge en effet inconvenant que les femmes puissent éprouver et exprimer du désir et être actives face à celui-ci – tandis que c'est la norme pour les hommes. Nous constatons ainsi un double mouvement contradictoire : d'une part, la socialisation des femmes au désir, et d'autre part, le maintien d'une terrible asymétrie genrée à l'égard de la morale sexuelle. Cette asymétrie dans la conception de la sexualité témoigne en fait d'une forme de préservation des représentations sociales concernant le rôle des hommes et des femmes vis-à-vis de

¹⁹⁵ E. SCHWEISGUTH, « Mai 68, le grand chambardement de la morale sexuelle », *Slate*, mai 2018 <https://www.slate.fr/societe/mai-68-2018/morale-sexualite-liberation-moeurs-dortoirs-filles> (consulté le 2 mai 2023).

¹⁹⁶ E. SANTELLI, *op. cit.*

¹⁹⁷ *Ibidem.*

¹⁹⁸ I. THÉRY, *op. cit.*, p. 201.

¹⁹⁹ M. BOZON, *op. cit.*, p. 226.

l'activité sexuelle²⁰⁰. Ainsi, et malgré les changements significatifs apportés en matière de libération sexuelle, il persiste des discriminations sexistes et patriarcales à l'égard des femmes, ainsi que d'importantes restrictions et de nombreux tabous par rapport à leur désir sexuel, qui ont pour conséquence d'empêcher un plaisir équivalent entre les hommes et les femmes²⁰¹.

B. Le devoir conjugal : une pression sociale persistante ?

Depuis la libération sexuelle des années 1960, les femmes ont certes accédé à une sexualité autre que celle d'une résignation à accomplir leur devoir conjugal à des fins de procréation et peuvent désormais entretenir des rapports sexuels en dehors de toute union conjugale, mais dire qu'elles ont une sexualité foncièrement épanouissante serait conclure trop rapidement²⁰². En effet, une enquête réalisée en région lyonnaise en 2016 auprès de couples hétérosexuels démontre que, pour un grand nombre de femmes, la sexualité s'apparenterait à une forme d'entretien du couple : qu'elles en aient envie ou non, elles s'y résignent de temps en temps car elles contribuent ainsi à la production d'une « dynamique conjugale harmonieuse ». Ce sentiment d'une obligation au sexe et de contrainte provient du fait que les hommes, eux, se sentent autorisés à exprimer ouvertement leur propre désir, tandis que les femmes ont tendance à le refouler : le rythme de la sexualité conjugale semble ainsi être défini à l'aune de la demande masculine. Certaines femmes interrogées consentent ainsi à la relation sexuelle, soit par peur de la réaction de leur compagnon, soit parce que la « nature » différente et plus abondante des hommes vis-à-vis de la sexualité ne se discute pas. Elles reconnaissent ainsi que dans certains cas, elles finissent par dire « oui » sans en avoir envie²⁰³.

On se trouve ainsi confronté à une version nouvelle, certes plus moderne, du « devoir conjugal » : il est vécu par de nombreuses femmes comme une forme de sacrifice destiné à stabiliser la relation et à satisfaire sexuellement leur compagnon. L'enjeu consiste alors à savoir si les femmes peuvent se soustraire à l'activité sexuelle sans avoir l'impression de mettre en danger la dynamique conjugale : force est de constater que, si les femmes souhaitent s'affranchir de l'attitude qui autrefois attendait d'elles une forme de « disponibilité féminine », elles ne peuvent pas le faire pleinement sans risquer de susciter de l'incompréhension et de la frustration chez leur partenaire²⁰⁴. L'image d'une sexualité performante et harmonieuse, actuellement au centre de la communication médiatique, provoque en effet un sentiment d'insécurité et de mise en danger de la relation conjugale dès

²⁰⁰ E. SANTELLI, *op. cit.*

²⁰¹ C. GEOFFROY, « Quel plaisir pour les femmes ? Une approche genrée du plaisir sexuel dans les Andes boliviennes », *Autrepart*, 2018/6, n°86, p. 63.

²⁰² B. PAQUETTE, *La déferlante #MoiAussi. Quand la honte change de camp*, M Éditeur, Montréal, 2018, p. 247.

²⁰³ E. SANTELLI, *op. cit.*

²⁰⁴ *Ibidem*.

que la sexualité fait défaut, contribuant à renforcer les stéréotypes de genre et les attentes sociales qui pèsent sur les femmes en matière de relations intimes²⁰⁵. Ainsi, nous constatons que les anciennes normes imposées en matière de sexualité n'ont pas réellement disparu, mais que les sources de ces normes se sont transformées. On assiste en effet à un déclin des « institutions à principes » qui étaient autrefois considérées comme des moyens de contrôle efficaces (religion, organisation de la famille, communautés locales), et une multiplication des « sources diffuses » (médias, œuvres culturelles, école, médecine), qui n'ont plus à proprement dit le pouvoir d'imposer le respect des principes qu'elles formulent, mais qui exercent en revanche une influence remarquable sur le comportement sexuel respectif des hommes et des femmes²⁰⁶.

§2. En dehors du mariage : la fin de l'impunité sociale du viol ?

A. Le fléau persistant des violences sexuelles : déconstruire le mythe du viol

Au tournant des 20^e et 21^e siècles, les cas de viols persistent, mettant en lumière que la culture du viol demeure 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 inconnu, sur un parking la nuit. Le violeur est forcément un individu dangereux et pervers qui agit de manière incontrôlable, jamais monsieur Tout-le-monde. Or, bien que ce type de configuration existe, il est loin d'être le scénario le plus fréquent²⁰⁷ : les violences perpétrées contre les femmes sont généralement le fait d'hommes connus de ces dernières, voire même de proches. Cette particularité constitue aujourd'hui l'un des éléments les plus récurrents parmi ceux qui caractérisent les violences subies par les femmes, et les distingue 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 soustraire²⁰⁸. En outre, les études visant à établir le profil des violeurs démontrent qu'il s'agit d'hommes tout à fait « normaux », appartenant à toutes les classes sociales, pouvant ainsi se trouver *partout*. On se situe donc bien loin de l'image du prédateur extraordinaire²⁰⁹.

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,

²⁰⁵ A. DE TROZ, « Le baromètre émotionnel du désir sexuel », *Cahiers de psychologie clinique*, 2015/2, n°45, p. 154.

²⁰⁶ M. BOZON, *op. cit.*, p. 226.

²⁰⁷ M. GARCIA, *La conversation des sexes : philosophie du consentement*, Paris, Climats, 2021 p. 17.

²⁰⁸ A. DEBAUCHE, C. HAMEL, « Violence des hommes contre les femmes : quelles avancées dans la production des savoirs ? », *Nouvelles questions féministes*, 2013/1, vol. 32, p. 5.

²⁰⁹ M. GARCIA, *op. cit.*, p. 18.

en réalité, les études disponibles sur la question démontrent que l'expérience du viol est extrêmement répandue, mais surtout que celle des rapports sexuels non *pleinement* consentis est largement partagée (voy. *infra* C.). Les perceptions sociales sur le profil des violeurs sont en grande partie erronées, tout comme celles sur la fréquence des expériences du viol : les viols et agressions sexuelles constituent une partie non-négligeable des interactions sexuelles des individus, et sont bien plus banales que ce que l'on veut bien admettre²¹⁰.

B. #MeToo et #BalanceTonPorc : mouvements de libération de la parole féminine

À partir des années 1960, les pays occidentaux voient se succéder des vagues de dénonciations de violences sexistes et sexuelles à l'encontre des femmes, tant dans la sphère conjugale qu'extraconjugale. Ces témoignages s'accompagnent également d'une production littéraire abondante, bon nombre d'auteures ayant pris la plume pour briser le silence et s'indigner contre les abus qu'elles ont subis ou dont elles sont témoins²¹¹. La dénonciation des violences sexuelles commises à l'encontre des femmes et leur banalisation a été l'une des questions majeures soulevées par la deuxième vague féministe des années 1970-1980. Les féministes et leurs alliés dénoncent la persistance des violences sexuelles faites aux femmes, généralement commises par des hommes, et remettent en cause l'évidence traditionnelle de l'asymétrie entre une sexualité masculine de conquête et une sexualité féminine de réserve, la première étant honorable et la seconde honteuse. Il appartient désormais de se défaire des formes de justification sociale des violences sexuelles, tant dans leur perspective naturaliste (qui attribue la violence à la « nature humaine » ou plutôt à la « nature masculine ») ou de leur version plus récente qui attribue aux agresseurs des ressorts pathologiques²¹².

L'année 2017 fut décisive dans l'histoire du féminisme et de la lutte contre le patriarcat. Le 5 octobre de cette année-là, le *New York Times* publie ce qui fera office d'élément déclencheur dans le combat pour la reconnaissance du consentement féminin à l'acte sexuel : une enquête sur les multiples accusations de harcèlement sexuel et de viols à l'encontre du producteur Harvey Weinstein. Ces révélations placent sur le devant de la scène internationale la problématique du consentement féminin et provoquent une rupture significative laissant émerger la parole féminine longtemps mise sous silence. Le mouvement #MeToo était né : à travers tous les États-Unis, les femmes commencent à partager leurs témoignages sur des violences sexuelles subies et sur la violence contre les femmes. On questionne désormais la notion de consentement, on critique la passivité

²¹⁰ *Ibidem*.

²¹¹ C. DAVID, « Les traces de la colère : la culture du viol en procès dans la littérature québécoise », *Revue critique de fixxion française contemporaine*, 2023, <https://journals.openedition.org/fixxion/10750>

²¹² A. DEBAUCHE, C. HAMEL, *op. cit.*, p. 5.

intrinsèque liée à sa définition, on revalorise le désir féminin²¹³. Le 13 octobre 2017, le mouvement #BalanceTonPorc est à son tour lancé en France, propulsant les mouvements de dénonciation de violences sexuelles sur les réseaux sociaux en France et ailleurs. Le déferlement de dénonciations qui s'ensuivit a permis de relancer les débats gouvernementaux autour de la question du consentement et de libérer la parole des femmes²¹⁴. Le mois d'octobre 2017 restera gravé dans la mémoire collective : l'heure est à la vérité et à la révolte, de nombreuses victimes se sentent enfin libres de dévoiler les violences sexuelles qu'elles ont subies. Ce mouvement participe activement à une redéfinition globale des permis et interdits sexuels, et remet en question l'ordre social.

Alors que depuis des décennies, les mouvements féministes dénonçaient les violences sexuelles et la culture du viol et ce, souvent sans être entendus, le torrent de témoignages – notamment sur les réseaux sociaux – engendrés par #MeToo et #BalanceTonPorc auront propulsé la notion de consentement à la sexualité au premier plan²¹⁵. Ce mouvement d'automne 2017 et sa dénonciation des violences sexuelles ont reçu un accueil globalement favorable de l'opinion publique, permettant aux victimes de trouver la force et le courage d'en parler et de surmonter le double sentiment de honte et de faute qui les affecte souvent²¹⁶. Le cœur du changement social porté par ces « moi aussi » est la métamorphose de ce que l'on croyait n'appartenir qu'au plus intime de la vie privée en question sociétale, présageant une véritable prise de conscience collective²¹⁷. Le combat des victimes n'a pas seulement consisté à révéler des violences sexuelles qu'elles avaient jusqu'alors gardées pour elles, mais avant tout à affronter une opinion qui, au départ, n'était pas prête à les entendre²¹⁸. Passant de l'indifférence à l'intolérance, les témoignages d'agressions sexuelles sont désormais traités sous un nouvel angle : celui du « on vous croit ». Néanmoins, d'aucuns ont vu dans ces mouvements de dénonciations de possibles exagérations, mensonges ou tromperies de la part des victimes, qui auraient profité de cette vague pour se venger de leur partenaire²¹⁹. D'autres ont considéré le mouvement #MeToo comme une forme de misandrie, une volonté de domination des féministes. On peut en conclure que le débat sur les violences sexuelles a encore de beaux jours devant lui...²²⁰

Par ailleurs, certaines dérives persistent encore à l'heure actuelle : de nombreuses victimes ne sont toujours pas suffisamment prises au sérieux lorsqu'elles

²¹³ M. BERNARD, *Histoire du consentement féminin, du silence des siècles à l'âge de la rupture*, op. cit., p. 164.

²¹⁴ A. BOUCHERIE, *Troubles dans le consentement. Du désir partagé au viol : ouvrir la boîte noire des relations sexuelles*, Éditions Les Pérégrines, Paris, 2019, p. 8.

²¹⁵ M. GARCIA, op. cit., p. 11 ; B. PAQUETTE, op. cit., p. 170.

²¹⁶ V. LE GOAZIOU, op. cit., p. 19.

²¹⁷ I. THÉRY, op. cit., p. 228.

²¹⁸ *Ibid.*, pp. 19-20.

²¹⁹ A. BOUCHERIE, op. cit., p. 9.

²²⁰ M. POPOVA, *Sexual consent*, London, MIT Press, 2019, p. 168.

dénoncent les actes qu'elles ont subis. Cette méfiance à l'égard des victimes se manifeste particulièrement lors du dépôt de la plainte : la confrontation aux institutions policières et judiciaires est souvent vécue comme un parcours du combattant. En effet, de nombreuses plaintes n'aboutissent pas sous prétexte qu'il y aurait eu un prétendu « consentement » de la part des victimes, ou en raison de l'absence de réaction de refus et d'actes de défense dans leur chef. En Belgique, on estime que plus de la moitié des plaintes relatives aux violences sexuelles sont classées sans suite. C'est ce que certaines militantes féministes qualifient de « double peine » subie par des nombreuses victimes de violences sexuelles : au traumatisme psychique et corporel initial s'ajoutent la maltraitance et le manque de reconnaissance²²¹. C'est précisément ce que le mouvement #MeToo a voulu dénoncer : les défaillances de la justice ont été pointées du doigt, celle-ci étant considérée comme trop complaisante et laxiste envers les agresseurs sexuels.

C. Les « zones grises » du consentement : consentir ou céder à la nécessité ?

Les débats sur le consentement sexuel dans le contexte du mouvement #MeToo ont mis en évidence des expériences dans lesquelles des partenaires pouvaient ne pas avoir dit « non », ne pas avoir manifesté de non-consentement, et pour autant affirmer ne pas avoir consenti. C'est dans ce contexte qu'est apparue la notion de « zone grise du consentement », entendue comme la zone entre ce qui n'est pas pleinement consenti et ce qui n'est pas non plus pleinement non-consenti ou assimilable à un viol²²². Les zones grises ne sont ainsi ni nommées « viols » par les femmes qui les vivent, ni pourtant considérées comme des relations pleinement désirées²²³. Il existe une variété de raisons expliquant pourquoi les femmes n'empêchent pas de telles interactions : tantôt parce que les discours dominants sur l'hétérosexualité sont tels qu'elles ont le sentiment de *devoir* du sexe aux hommes ; tantôt parce que dire « non » signifierait se comporter d'une manière qui ne correspond pas aux normes de la féminité ; ou encore par peur des conséquences possibles d'un refus, et en particulier la peur d'être violées si elles n'acceptent pas le rapport sexuel²²⁴. De cette manière, la « zone grise » désigne toutes les pressions et hésitations que peut subir une personne lors d'un acte sexuel, et qui risquent d'entraver son consentement²²⁵.

Pensé comme une condition nécessaire à toute relation sexuelle, le consentement est aujourd'hui une condition primordiale dans les schémas sexuels que nous

²²¹ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Discussion générale, C.R.I., Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, séance n°170 du 17 mars 2022, pp. 31 et 36.

²²² M. GARCIA, *op. cit.*, p. 25.

²²³ A. BOUCHERIE, *op. cit.*, p. 53.

²²⁴ M. GARCIA, *op. cit.*, p. 218.

²²⁵ V. LAVELLES, « En finir avec la zone grise de la sexualité : la notion de consentement décryptée », *Celles qui osent*, octobre 2021, <https://www.celles-qui-osent.com/zone-grise-consentement/> (consulté le 19 juillet 2023).

connaissions, et il tend à être porté comme une éthique de la sexualité dont chaque individu doit être responsable. Or, la vision très libérale des comportements sexuels « libres et éclairés » se heurte à la pratique. En effet, selon la pensée libérale, le pouvoir de consentir serait une capacité que possède toute personne apte à l'exprimer : la personne qui consent est ainsi libre de le faire, au sens où rien d'autre que sa volonté ne détermine son choix. Aucune des caractéristiques individuelles qui nous inscrivent dans des groupes sociaux distincts et hiérarchisés n'est prise en considération.

Pourtant, il est évident que les sexualités se construisent dans des contextes précis, au sein d'une conjoncture sociale dans laquelle persistent des rapports de pouvoir, particulièrement entre les hommes et les femmes²²⁶. Selon l'auteure Irène Théry, on ne peut pas universaliser l'approche occidentale de la sexualité qui la définit comme un ensemble de dispositions de l'individu, innées et acquises, relevant de la subjectivité. La vie sexuelle est en effet inscrite dans un univers social de significations, de valeurs, de normes et de règles qui admet une attente de disponibilité sexuelle différente des hommes et des femmes, dictée par des normes genrées²²⁷. On ne peut que se rallier à la perspective prônée par cette auteure : en vérité, la domination masculine façonne profondément nos sexualités, et on ne peut pas appréhender leur moralité sans prendre en compte la structure patriarcale qui persiste encore dans notre société et son influence sur les choix possibles pour les femmes. Une femme peut donner l'impression d'apprécier la relation charnelle, mais être en réalité soumise à des rapports de force masqués derrière une apparente liberté de consentement. Ainsi, si l'on considère que le consentement doit être l'expression d'une autonomie *totale* pour être valide, alors il n'y a pas de consentement sexuel possible²²⁸.

À travers l'analyse de ces zones grises, comprises comme révélatrices d'attentes sociales genrées, nous constatons que le consentement ne peut pas uniquement être interprété en termes de responsabilité individuelle, mais qu'il s'inscrit dans une configuration sociale où la sexualité féminine est parfois envisagée comme « due » en réponse aux besoins sexuels des hommes²²⁹. Si le consentement est souvent envisagé comme le critère de distinction entre le bon et le mauvais sexe, il semble occulter une autre distinction majeure : celle entre le sexe activement voulu et consenti, et le sexe non-voulu et consenti. L'existence même de la zone grise reflète en effet un *continuum* de relations sexuelles plutôt qu'une binarité claire entre le bon sexe et le viol. Il existe de nombreuses situations intermédiaires entre la relation sexuelle consentie et le crime de viol, qui représentent une partie considérable des relations sexuelles des individus²³⁰.

²²⁶ A. BOUCHERIE, *op. cit.*, pp. 54-56.

²²⁷ I. THÉRY, *op. cit.*, p. 291 ; A. BOUCHERIE, *op. cit.*, pp. 58.

²²⁸ M. GARCIA, *op. cit.*, pp. 198-199.

²²⁹ M. CARBAJAL, A. COLOMBO, M. TADORIAN, « Consentir à des expériences sexuelles sans en avoir envie. La logique de la redevabilité : responsabilité individuelle ou injonction sociale genrée ? », *Journal des anthropologues*, 2019/1-2, p. 198.

²³⁰ M. GARCIA, *op. cit.*, p.

SECTION 2. REPRÉSENTATIONS JURIDIQUES DU CONSENTEMENT : LA RÉFORME DU DROIT PÉNAL SEXUEL

§1. Dans la sphère intra-familiale : lorsque le viol conjugal devient un crime

A. La reconnaissance tant attendue du viol entre époux par la loi du 4 juillet 1989

Le 21 juin 1979²³¹, la Cour d'Appel de Bruxelles a admis que l'application de l'ancien article 375 du Code pénal de 1867 relatif au viol n'était pas exclue lorsque l'auteur du comportement réprimé par cette disposition et sa victime étaient liés par le mariage. Cet arrêt constitue une étape fondamentale dans l'évolution des rapports entre l'homme et la femme dans la société conjugale. Traditionnellement, il était en effet considéré que seule la conjonction sexuelle *illicite* justifiait la répression pénale, autrement dit en dehors de toute union conjugale. L'application de l'ancien article 375 s'arrêtait ainsi au seuil du foyer, et les violences exercées par un mari sur sa femme, lorsqu'elles tendaient aux fins « normales » du mariage, ne pouvaient constituer le crime de viol. Les commentateurs dudit article ont justifié leur attitude à l'égard du viol entre époux en se référant aux obligations de droit civil : la notion de « devoir conjugal » n'y apparaît pas, mais l'application de l'ancien article 212 du Code civil de 1804 justifiait que le droit jette un voile pudique sur le comportement des époux. L'accomplissement du devoir conjugal constituait ainsi l'exécution d'une obligation née du mariage, et le mari qui imposait l'exécution de cette obligation à sa femme ne pouvait être déclaré coupable du crime de viol²³².

Une décennie plus tard, sous l'impulsion des revendications féministes des années 70, la loi du 4 juillet 1989²³³ est adoptée. Cette loi, qui modifie certaines dispositions du Code pénal relatives au crime de viol, met en lumière un changement au niveau de la valeur protégée par cette infraction : alors qu'en 1867, le législateur considérait que l'agression sexuelle était une atteinte à l'ordre des familles et à la moralité publique, l'infraction est désormais envisagée comme une atteinte à

²³¹ Bruxelles (8^e ch.), 21 juin 1979, *Rev. dr. pén.*, 1980, p. 272, note A. MARCHAL.

²³² B. MAINGAIN, « Le viol entre époux : le droit d'aimer », commentaire de l'arrêt du 21 juin 1979, disponible sur <https://bib.kuleuven.be/rbib/collectie/archieven/rtdf/1980-2.pdf> (consulté le 12 juillet 2023).

²³³ Loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, *M.B.*, 18 juillet 1989, p. 12546.

l'intégrité physique, sexuelle et morale de la personne humaine²³⁴. La version remodelée de l'ancien article 375 du Code pénal inscrit pour la première fois une définition du viol qui, jusqu'alors, n'était défini que par la jurisprudence et par la doctrine. Le viol constitue désormais « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas »²³⁵. Le viol entre époux est irréfutablement inclus dans cette définition²³⁶ : il est désormais poursuivi et condamné au même titre que le viol hors mariage. Par ailleurs, alors que le viol n'était reconnu qu'en cas de pénétration forcée du sexe d'une femme par le sexe d'un homme, il perd désormais toute connotation genrée.

Observons également que l'absence de consentement devient un élément matériel constitutif dans la description de l'infraction de viol. Ainsi, il n'est plus nécessaire de prouver que l'auteur de l'infraction a agi contre la volonté de l'autre personne d'une manière prévue par la loi : la preuve de l'absence de consentement se suffit à elle-même. Cette modification, inspirée de l'évolution des mentalités, est le résultat d'une pression sociale visant à renforcer l'approche pénale des violences sexuelles²³⁷. L'alinéa 2 de l'ancien article 375 définit néanmoins l'absence de consentement en se référant à différents facteurs : l'usage de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la ruse, et en raison de l'infirmité ou de la déficience physique ou mentale de la victime. Remarquons que ceux-ci présentent une forte similitude avec les facteurs énoncés en 1867. Notons également que les mots « menace » et « surprise » n'ont été ajoutés qu'ultérieurement, par une loi du 1^{er} février 2016²³⁸. La Cour de cassation a eu l'occasion, à maintes reprises, de rappeler que ces conditions n'étaient « énumérées ni de manière limitative, ni de manière cumulative », et que « l'absence ou le manque de consentement pouvait également ressortir d'autres éléments de fait »²³⁹, d'où l'usage de l'adverbe *notamment* dans le texte. En revanche, il n'en demeure pas moins que la formulation de l'ancien article 375 se fonde sur une présomption de consentement : il n'est pas requis, d'un point de vue juridique, que l'on recherche un consentement valable auprès d'autrui puisqu'il est présumé exister, et la présomption ne peut être renversée que s'il y a recours à une violence, contrainte, menace ou surprise²⁴⁰.

²³⁴ N. BLAISE, « L'attentat à la pudeur ou la protection de l'intégrité sexuelle telle qu'elle est communément admise : commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 juin 2009 », *J.D.J.*, 2009, p. 19.

²³⁵ L. TAMINIAUX, « Belgique : le viol : proposition de loi », *Les cahiers du Grif*, 1983, p. 151.

²³⁶ J. ROZIE, "Genderneutraliteit in het strafrecht. Utopie of realiteit?" in *Liber amicorum Chris van den Wyngaert*, Anvers, Maklu, 2017, p. 397.

²³⁷ A. DIERICKX, *op. cit.*, p. 87.

²³⁸ Loi du 1^{er} février 2016 modifiant diverses dispositions en ce qui concerne l'attentat à la pudeur et le voyeurisme, *M.B.*, 19 février 2016, p. 13126.

²³⁹ Cass., 13 novembre 2019, *J.L.M.B.*, 2020, p. 733.

²⁴⁰ D. BERNARD, L. LETELLIER, « Réforme du Code pénal : quelques éléments d'une analyse au prisme du genre », in *Le nouveau droit pénal sexuel* (sous la dir. de A. Rizzo), 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 28.

D'après les auteur·ice·s du Code des droits des femmes, et bien que les conditions énumérées à l'ancien article 375, al. 2 ne soient pas limitatives, cette définition demeure trop restrictive par rapport à celle contenue à l'article 36 de la Convention d'Istanbul, qui n'inclut pas la notion de contrainte et stipule que « le consentement doit être donné volontairement comme le résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes »²⁴¹. Cette description englobe ainsi non seulement la définition du non-consentement de l'ancien article 375, al. 2 du Code pénal belge, mais elle vise également l'hypothèse où la victime ne consent pas sans toutefois manifester de signe d'opposition²⁴². Or, en vertu du Code pénal, la victime de viol devra démontrer l'absence de consentement – et donc la violence, la contrainte, la menace ou la ruse, ceci impliquant l'exigence qu'elle ait résisté et ait conservé les traces de sa réaction défensive. Le critère du consentement prévu dans le Code pénal est également remis en cause par la critique féministe du droit au titre de son postulat de présomption de « consentement libre et éclairé » lorsqu'aucune contrainte ne peut être démontrée. Il s'agit désormais de penser l'infraction dans son contexte, c'est-à-dire sans en soustraire la définition juridique du contexte général et structurel des inégalités de genre²⁴³.

B. Le « viol conjugal » à l'épreuve du nouveau droit pénal sexuel

La dynamique générale de la réforme du droit pénal sexuel dépassant largement la question des violences entre partenaires, nous en présenterons les ressorts sous le §2. Notons déjà que le législateur de 2022 a eu pour ambition de moderniser le droit pénal sexuel en tenant compte de l'évolution des normes sociales actuelles, notamment celle des structures familiales et de couple. La cohabitation hors mariage s'est progressivement généralisée et banalisée, au détriment du mariage qui devient de plus en plus marginal. Il est donc logique que le viol conjugal (qui présuppose un lien matrimonial entre la victime et son agresseur) ne fasse plus à proprement parler l'objet d'une disposition séparée mais qu'il soit englobé dans une disposition plus générale (nouvel article 417/19 du Code pénal), intitulée « les actes à caractère sexuel intrafamiliaux non consentis » au sein de la sous-section 3 « des infractions aggravées ». Le législateur de 2022 introduit ainsi la notion de viol par un « partenaire », défini à l'article 417/19, alinéa 3 comme « la personne avec laquelle la victime est mariée ou entretient une relation affective et physique intime durable, ainsi que la personne avec laquelle la victime a été mariée ou a

²⁴¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, signée à Istanbul le 11 mai 2011, approuvée par la loi du 1^{er} mars 2016, *M.B.*, 9 juin 2016, p. 39977.

²⁴² Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Exposé des motifs, *Doc. Parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n°55-2141/001, p. 16.

²⁴³ S. DATOUSSAID, M. DUHEN, M. MERCIER, O. SIMONE, C. UWASHEMA, « Réflexions sur la répression des violences faites aux femmes », in *Droits des femmes* (sous la dir. de D. BERNARD, C. HARMEL), Bruxelles, Larcier, 2020, p. 345.

entretenu une relation affective et physique intime durable si les faits incriminés ont un lien avec ce mariage dissous ou cette relation terminée ».

La notion de partenaire était déjà inscrite à l'article 410, alinéa 2 du Code pénal relatif aux homicides et lésions corporelles volontaires, à la torture et aux traitements inhumains ou dégradants. Mais contrairement à ce dernier, l'article 417/19 n'impose aucune condition de cohabitation pour établir le lien spécial entre les deux personnes pouvant impliquer une vulnérabilité particulière à la violence, qu'elle soit passée ou présente²⁴⁴. Ce faisant, le nouveau code pénal sexuel a manifestement pris en compte les nouvelles formes de vie amoureuse (mariage, cohabitation légale ou autres formes de relation affective entre partenaires²⁴⁵), propres à notre société moderne. Mais aussi le fait que les violences entre (ex)-conjointes peuvent se produire après que la dissolution du lien du mariage ait été prononcée, le taux de divorce frôlant les 70 % en Belgique, soit deux mariages sur trois. En conclusion, la notion de viol conjugal est désormais abandonnée au profit de celle de viol entre partenaires, voire entre ex-partenaires.

Un véritable changement de paradigme s'opère donc : alors que durant les siècles précédents, les violences sexuelles entre conjoints étaient largement tolérées et demeuraient impunies, les violences sexuelles entre partenaires sont désormais catégorisées comme des infractions aggravées, témoignant d'un bouleversement majeur dans la perception et la sanction des acteurs au sein des relations intimes (voy. *infra* conclusion).

Cependant, l'aggravation de la peine est subordonnée à l'existence d'un lien entre d'une part, les faits infractionnels commis après la rupture, et d'autre part, la relation passée. Le législateur a motivé cette condition en expliquant qu'il convenait de lever les doutes qui existaient quant à la formulation de l'article 410, alinéa 2 du Code pénal, et que l'exigence d'un tel lien « présente l'avantage de ne pas subordonner l'existence de la circonstance aggravante à, par exemple, un délai déterminé durant lequel la circonstance aggravante pourrait être retenue, mais que celle-ci reste possible tant qu'il existe un lien entre la relation antérieure et l'infraction commise »²⁴⁶. Selon Isabelle Wattier, cette condition constitutive (et restrictive) de l'infraction aggravée est peu convaincante, dans la mesure où il est difficile d'imaginer comment le lien affectif passé puisse être étranger au choix de l'auteur sur la personne de la victime²⁴⁷. Il convient également de souligner que la Convention d'Istanbul oblige les États Parties à ériger en infraction pénale toutes les formes de violences à l'égard des femmes, y compris les violences domestiques, « indépendamment de la nature de la relation entre la victime et l'auteur de

²⁴⁴ I. WATTIER, « L'inceste et les autres infractions sexuelles intrafamiliales », in *Le nouveau droit pénal sexuel* (sous la dir. de A. RIZZO), 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 236.

²⁴⁵ Notamment les personnes dites LAT (*living apart together*) et les couples d'étudiants qui n'ont pas souvent les moyens de cohabiter mais qui peuvent entretenir des relations amoureuses durables.

²⁴⁶ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Exposé des motifs, précit., p. 45.

²⁴⁷ I. WATTIER, *op. cit.*, p. 236.

l'infraction », et vise les violences sexuelles commises par les *anciens* ou les actuels conjoints ou partenaires. Ainsi, la Convention d'Istanbul n'impose et ne défend aucune condition de délai concernant la relation passée entre la victime et l'auteur de l'infraction, mais se contente d'incriminer toutes les formes de violence envers les femmes, y compris les violences commises par des anciens conjoints ou partenaires, sans limitation de temps²⁴⁸. Pourtant, le législateur belge a choisi d'introduire une condition temporelle supplémentaire, rendant l'aggravation de la peine plus restrictive.

§2. Dans la sphère exo-familiale : une révolution du consentement ?

A. Dépoussiérage du Code pénal et de son héritage patriarcal

En 1867, lorsqu'il a défini les infractions à caractère sexuel, le législateur n'avait certainement pas à l'esprit l'autonomie sexuelle de chacun. Au contraire, il pensait plutôt à la protection de la paix familiale, et la tranquillité de la famille bourgeoise passait avant la protection de l'intégrité sexuelle²⁴⁹. La loi du 21 mars 2022²⁵⁰ – entrée en vigueur le 1^{er} juin 2022 – modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel renverse radicalement cette approche patriarcale et met l'accent sur l'intégrité sexuelle et le droit à l'autodétermination sexuelle, qui implique le libre choix de poser ou non certains actes à caractère sexuel ou d'y participer²⁵¹. C'est dès lors ce qui a justifié de consacrer un chapitre à part, dans lequel sont inscrites les infractions sexuelles, intitulé « les infractions portant atteinte à l'intégrité sexuelle et au droit à l'autodétermination sexuelle et aux bonnes mœurs ».

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* l'absence de consentement. Cette notion n'était d'ailleurs pas définie. Bien que la jurisprudence ait, fort heureusement, évolué de manière contemporaine, 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 sexuelles²⁵². Trois principes fondateurs constituent le fil rouge du texte de la réforme : simplicité, cohérence et précision. La précision offre

²⁴⁸ *Ibidem*.

²⁴⁹ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Exposé des motifs, précit., p. 9.

²⁵⁰ Loi du 21 mars 2022 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, *M.B.*, 30 mars 2022, p. 25785.

²⁵¹ T. HENRION, *La réforme du droit pénal sexuel*, Limal, Anthemis, 2022, p. 14.

²⁵² M. ALIÉ, « La notion de consentement dans le nouveau Code pénal sexuel : fil d'Ariane ou future pierre d'achoppement ? », in *Le nouveau droit pénal sexuel* (sous la dir. de A. Rizzo), 1^{ère} édition, Bruxelles, Larcier, 2022, p. 80 ; D. BERNARD, L. LETELLIER, *op. cit.*, p. 16.

une garantie de sécurité juridique, la cohérence permet une application harmonieuse des règles de droit aux situations pratiques, et une règle lisible et simple est nécessaire pour tous ceux qui seront amenés à l'appliquer²⁵³. On peut d'ores et déjà souligner l'œuvre de clarté et de cohésion dont a fait preuve le législateur : les nouvelles dispositions sont rédigées de façon plus claire et compréhensible²⁵⁴.

B. La notion de consentement : une reconnaissance évolutive mais tardive

1. Typologie : le consentement envisagé positivement

Les infractions sexuelles supposent toujours de constater, dans le chef de la victime, l'absence de consentement à l'acte concerné. Il s'agit d'un élément constitutif des différentes infractions sexuelles visées aux nouveaux articles 417/7 à 417/22 du Code pénal : l'absence de consentement y est explicitement mentionnée, tandis qu'avant la réforme, seul l'ancien article 375 du Code pénal relatif au viol visait explicitement l'absence de consentement de la victime. Partant du constat que le prérequis du consentement n'était pas défini de manière précise, le législateur a pris la peine, à l'article 417/5, de tracer les limites de ce qu'il fallait entendre par « consentement »²⁵⁵ :

« La définition du consentement en matière de droit à l'autodétermination sexuelle.

Le consentement suppose que celui-ci ait 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 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.

En tout état de cause, il n'y a pas de 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 ».

Le premier pas à franchir pour protéger les victimes de violences sexuelles était évidemment d'éliminer de la législation la présomption de consentement qui existait autrefois. Le consentement est dorénavant envisagé de manière positive, ce qui implique qu'il doit être donné librement, l'auteur ne pouvant en aucun cas

²⁵³ D. VANDERMEERSH, « La réforme des Codes en matière pénale : un saut nécessaire du XIXe au XXIe siècle », *Journal des tribunaux*, n°6823, 2020, p. 543.

²⁵⁴ M. GIACOMETTI, « La réforme du droit pénal sexuel en cinq points », *Rev. trim. dr. fam.*, 2023, p. 9.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 10.

le présumer. La question n'est plus de savoir si la victime a dit non, mais de s'assurer qu'elle a valablement et explicitement dit oui. Le principe selon lequel « qui ne dit mot consent » sera ainsi, en théorie, éliminé de la pratique. Une victime de viol en état de sidération ne pourra dès lors plus être considérée comme consentante. Cette réaction de sidération, appelée *rape-induced paralysis* ou *tonic immobility*, est très fréquente dans les faits, et ne peut en aucun cas être interprétée comme la preuve d'un consentement²⁵⁶. Il reste néanmoins à espérer que la jurisprudence appliquera correctement ces nouveaux principes, car trop souvent encore, la faute d'un viol est attribuée à la victime.

Par ailleurs, en modifiant sa législation, le législateur belge répond à une exigence du Conseil de l'Europe qui, en 2002, avait recommandé de sanctionner les actes sexuels non consentis, y compris « les cas dans lesquels la victime ne montre pas de signes de résistance »²⁵⁷. Cette exigence avait déjà été invoquée dans un arrêt *M.C. c. Bulgarie*, rendu le 4 décembre 2002 par la Cour européenne des droits de l'homme²⁵⁸. De plus, la Commission de réforme semble répondre positivement à l'invitation de la Convention d'Istanbul (dont nous avons mentionné la définition du consentement précédemment) en pensant une nouvelle formulation du consentement qui écarte l'exigence de résistance²⁵⁹.

Le législateur prévoit également, à l'article 417/5, alinéa 1^{er}, la possibilité du retrait du consentement à tout moment avant ou pendant l'acte à caractère sexuel. Comme l'a souligné le législateur en se basant sur la jurisprudence de la Cour de cassation²⁶⁰, « lorsque se succèdent différents comportements qui peuvent être considérés chacun séparément comme une pénétration sexuelle, le consentement à une pénétration sexuelle déterminée n'implique pas le consentement à une autre pénétration sexuelle ». Le *stealth* ou « furtivage », autrement dit le fait pour un homme de retirer son préservatif lors d'un rapport sexuel en omettant sciemment d'en avertir son ou sa partenaire, entre ainsi dans le champ d'application du viol²⁶¹.

La lecture de l'article 417/5 peut néanmoins surprendre. S'il est indéniable que l'expression des contours de la notion de consentement représente une avancée, elle semble en revanche définir ce que le consentement *n'est pas*, et très peu ce qu'il est²⁶². De manière générale, si l'idée d'une définition du consentement est saluée par la doctrine, la pauvreté de la définition retenue est critiquée, voire qualifiée d'« indigente ». En effet, alors que la doctrine et la jurisprudence avaient,

²⁵⁶ T. HENRION, *La réforme du droit pénal sexuel*, op. cit., pp. 18-19.

²⁵⁷ Comité des ministres du Conseil de l'Europe, Annexe à la Recommandation Rec(2002)5 sur la protection des femmes contre la violence, 30 avril 2002 ; cité dans M. ALIÉ, op. cit., p. 89.

²⁵⁸ Cour eur. D.H., arrêt *M.C. c. Bulgarie* du 4 décembre 2003, *R.W.*, 2004-05, liv. 31, p. 1235.

²⁵⁹ D. BERNARD, L. LETELLIER, op. cit., p. 29.

²⁶⁰ Cass., 17 octobre 2007, *N.C.*, 2010, liv. 1, p. 80, note A. DIERICKX, « De seksuele penetratie en de geldige toestemming in het licht van het misdrijf verkrachting ».

²⁶¹ Circulaire n° 05/2022 du Collège des procureurs généraux près les Cours d'appel, 9 juin 2022, Bruxelles, p. 14.

²⁶² Sofélia, « Consentement : que dit la loi ? », *Sofélia*, La Fédé militante des Centres de Planning familial solidaires, <https://www.sofelia.be/consentement-que-dit-la-loi/> (consulté le 3 août 2023).

depuis 1867, développé des définitions praticables, la loi votée ne dispose pas de réelle définition du consentement²⁶³. Isabelle Wattier avait d'ailleurs proposé une définition aux parlementaires : « le consentement en matière sexuelle est l'assentiment à l'acte sexuel entrepris tel qu'il a été entrepris », mais celle-ci n'a pas été retenue. Nous rejoignons ainsi Maryse Alié qui estime que le manque de réflexion et de travail à ce propos est regrettable, et qui souligne qu'une vraie définition aurait à tout le moins visé « le choix du partenaire, la nature de l'acte, la manière et le moment où il est pratiqué, ou encore sa durée »²⁶⁴. Mais il n'en est rien.

2. Les situations d'absence de consentement

Le nouvel article 417/5, alinéa 3 semble reprendre les causes d'exclusion de l'ancien article 375, alinéa 2 du Code pénal : il n'y a pas de consentement si l'acte à caractère sexuel résulte d'une agression, d'une menace, de violence, d'une surprise, d'une ruse, ou d'un autre comportement punissable. Mais un éventail de circonstances d'absence de consentement plus vaste qu'avant la réforme est pris en considération. En effet, à l'article 417/5, alinéa 2, le législateur envisage différentes hypothèses dans lesquelles l'acte à caractère sexuel a été commis en profitant de la vulnérabilité de la victime. Soulignons que cette liste est non-exhaustive, et que l'examen se fait « au regard des circonstances de l'affaire ». Le législateur y prend notamment en considération la question délicate des relations sexuelles sous l'influence de l'alcool ou de stupéfiants. Il précise néanmoins, dans l'exposé des motifs, que la circonstance litigieuse (par exemple, l'influence de l'alcool) doit être de nature à *altérer* le libre arbitre de la personne. Autrement dit, il ne suffit pas d'avoir simplement été sous l'influence d'une certaine substance pour pouvoir parler d'acte sexuel non consenti²⁶⁵.

L'altération du libre arbitre n'est cependant pas définie : s'agit-il d'une altération totale ou partielle ? Cette notion laisse énormément de marge à la casuistique : des états tels que la peur ou l'ébriété sont en effet extrêmement subjectifs, et ouvrent la porte aux discussions. Dans un avis du 27 octobre 2021, Avocats.be a également remis en cause la rédaction de l'article 417/5, alinéa 2 puisque « par définition, l'influence de l'alcool, de stupéfiants ou de substances psychotropes entraîne une altération au moins partielle du libre arbitre »²⁶⁶. Les cas d'intoxication sur lesquels la jurisprudence s'est penchée jusqu'à présent étaient particulièrement graves, allant jusqu'à provoquer la perte de connaissance de la victime. Il est néanmoins important de garder à l'esprit qu'un degré d'intoxication beaucoup plus faible peut

²⁶³ M. TÖLLER, A. WERDING, « La réforme du droit pénal sexuel », in *Le droit pénal et la procédure pénale en constante évolution* (sous la dir. de V. FRANSSSEN et A. MASSET), Limal, Anthémis, 2022, p. 15.

²⁶⁴ M. ALIÉ, « La notion de consentement dans le nouveau Code pénal sexuel : fil d'Ariane ou future pierre d'achoppement ? », *op. cit.* p. 87.

²⁶⁵ T. HENRION, « Le viol et l'atteinte à l'intégrité sexuelle », in *Droit pénal sexuel : nouvelles dispositions et approche pratique des acteurs du terrain*, Limal, Anthémis, 2023, p. 56.

²⁶⁶ Avocats.be, Avis sur le projet de loi du 19 juillet 2021 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel (doc 55/2141), 27 octobre 2021, p. 3.

également rendre la victime vulnérable, celle-ci n'étant dès lors plus en mesure de consentir valablement à un acte sexuel²⁶⁷. Ainsi, nous rejoignons à nouveau Maryse Alié qui estime que si la protection des personnes vulnérables doit être saluée, le texte pose néanmoins problème : « chaque état mentionné par le législateur entraîne à sa suite de nombreuses interrogations sous-jacentes et, partant, une insécurité juridique ». En effet, les situations inscrites à l'article 417/5, alinéa 2 n'évaluent pas forcément le consentement. Malheureusement, le texte semble éviter cette indication, pourtant primordiale²⁶⁸.

Enfin, l'article 417/5 prévoit, en son dernier alinéa l'absence de consentement lorsque la relation sexuelle a été commise au préjudice d'une victime inconsciente ou endormie. L'état comateux a également été repris dans les travaux préparatoires. À l'inverse des autres situations énoncées dans l'article, cette disposition ne nous paraît pas problématique puisqu'il semble évident, dans ce cas de figure, que la victime n'a pas de libre arbitre²⁶⁹.

En ce qui concerne l'âge de la capacité d'un mineur à consentir à des relations sexuelles, c'est-à-dire l'âge de la majorité sexuelle, le nouvel article 417/6 prévoit qu'il a été maintenu à seize ans. Cette limite a pour conséquence qu'en-dessous de l'âge de seize ans, le consentement est irrelevante, quand bien même il existerait. C'est une présomption irréfragable. Le législateur a néanmoins ouvert la porte à une certaine flexibilité en prévoyant que les mineurs entre quatorze et seize ans ne tombent pas systématiquement dans le champ d'application du droit pénal²⁷⁰ : un mineur âgé de quatorze ans accomplis peut ainsi consentir librement à des relations sexuelles avec une autre personne à la condition que leur différence d'âge ne soit pas supérieure à trois ans.

À la création du Code pénal en 1867, l'âge de la majorité sexuelle avait été fixé à quatorze ans. En 1912, le législateur avait toutefois estimé que « l'enfant, même âgé de quatorze ans, n'est généralement pas à même d'apprécier toute l'immoralité de l'action à laquelle on lui propose de se soumettre, [...] la loi pénale doit protéger l'enfant contre son inexpérience ». En 1989, l'âge charnière pour la capacité de consentir a été maintenu à seize ans, confirmant le choix opéré par le législateur de 1912. Notons néanmoins qu'il existe un lobbying important depuis de nombreuses années pour le redescendre à quatorze ans. Dès 2003, d'aucuns considéraient que « ce serait nier l'évolution sociétale de ces dernières décennies que de ne pas reconnaître un engagement de plus en plus précoce des mineurs dans ce qui touche à la sexualité »²⁷¹. Selon la Cour constitutionnelle également, « dire qu'à seize ans, le consentement n'existe pas relève de la fiction ». Bien que

²⁶⁷ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Rapport de première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n°55-2141/006, p. 180.

²⁶⁸ M. ALIÉ, *op. cit.*, p. 92.

²⁶⁹ *Ibid.* p. 96.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 100.

²⁷¹ E. LANGENAKEN, « À propos de l'intervention du droit pénal dans les pratiques sexuelles minoritaires par-delà le consentement des partenaires », *Rev. dr. pén. crim.*, vol. 83, 2003/4, p. 486.

ces limitations des relations sexuelles pour les mineurs d'âge rentrent en contradiction avec le principe d'autodétermination sexuelle – pourtant mis en exergue par le législateur – la justification de cet âge charnière est toujours la même : la protection de l'enfant²⁷².

3. *La prétention de neutralité de genre des violences sexuelles : un postulat inadéquat ?*

Dans l'exposé des motifs justifiant le projet de loi qui a mené à la réforme, le ministre de la Justice spécifie que « la *neutralité* de genre est poursuivie dans la rédaction des incriminations ; ceci est conforme au principe de *précision* », tout en ajoutant que « l'accent mis de façon excessive sur l'égalité entre les hommes et les femmes pourrait involontairement entraîner de nouvelles inégalités à l'avenir », ce risque visant les personnes transgenres et non binaires, qui se verraient discriminées par pareille dichotomie. Ce postulat de neutralité défendu par le législateur est loin de faire l'unanimité. En effet, comme l'ont indiqué Diane Bernard et Laure Letellier dans leur ouvrage consacré à la réforme du droit pénal sexuel, les trois principes fondateurs susmentionnés - simplicité, cohérence et précision -, auraient justement dû mener à une « attention différenciée pour la situation respective des hommes et des femmes, plutôt qu'à une neutralité franchement discutable en matière d'infractions sexuelles – et que ceci n'aurait en rien porté préjudice aux personnes qui ne se reconnaissent dans aucune des deux catégories »²⁷³. Les deux expertes estiment en effet que la définition des trois principes aurait dû conduire le Ministre à adopter une approche différenciée de la problématique au prisme du genre.

Si on ne peut que saluer l'attention du législateur aux limites de la binarité qui caractérise le droit, il apparaît que la neutralité de genre n'est pas une approche adéquate en matière de violences sexuelles envers les femmes. En effet, selon les estimations mondiales de l'Organisation Mondiale de la Santé, 35% des femmes sont ou seront exposées à des violences physiques ou sexuelles, la majorité de ces actes étant perpétrés par leur partenaire²⁷⁴. Face à ce constat alarmant, il est évident que l'on ne peut pas prétendre définir les contours des infractions sexuelles sans prendre en compte leur dimension éminemment genrée²⁷⁵. À cet égard, nous pouvons mentionner les *feminist legal studies*, nées aux États-Unis, qui s'inscrivent dans un courant général d'analyse critique du droit : les *critical legal studies*. Pionnière de la critique féministe du droit, Catharine MacKinnon démontre dans ses écrits comment le droit légitime la domination masculine, faisant paraître

²⁷² S. ISBIAI, M. CULOT, « Le nouveau droit pénal sexuel : évolution de la poursuite des infractions à caractère sexuel », *Rev. dr. pén.*, 2023/2, pp. 119-120.

²⁷³ D. BERNARD, L. LETELLIER, *op. cit.*, p. 18.

²⁷⁴ Organisation Mondiale de la Santé, Rapport du la Violence à l'encontre des femmes, 9 mars 2021, <https://www.who.int/fr/news-room/fact-sheets/detail/violence-against-women> (consulté le 10 juillet 2023).

²⁷⁵ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Discussion générale, C.R.I., Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, séance n°170 du 17 mars 2022, p. 8.

comme neutre et universel ce qui correspond en fait à un point de vue masculin. La juriste promeut ainsi une *feminist jurisprudence*²⁷⁶, pratique juridique partant du point de vue des femmes et de la réalité de leur oppression. En résumé, ce courant théorique vise à remettre en question l'idée de neutralité en soulignant sa dimension de genre²⁷⁷. Cette pensée américaine illustre donc bien le propos que nous défendons ici : une approche différenciée est indispensable, et pourtant, elle vient à manquer dans la réforme que nous analysons, et ce au nom du principe de « précision »²⁷⁸.

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, pouvoir dont les contours auront été présentés tout au long de ce mémoire. Le droit ne s'intéresse en effet pas à ce qui motive l'assentiment. 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 par la femme²⁷⁹. Diane Bernard et Laure Letellier le relèvent à nouveau avec justesse : dénoncer ce biais ne relève pas d'un combat symbolique ; il s'agit non seulement d'une exigence de « précision » (paradoxalement), mais également d'un souci d'ordre pratique. Elles expliquent ainsi que les politiques présentées comme neutres ont des répercussions très concrètes, par exemple sur les budgets alloués à la lutte contre les violences envers les femmes. Le Grevio a déjà, dans un rapport de 2020, indiqué que « la neutralité de genre dans les intitulés de lois, circulaires ou plans d'actions se prolonge, voire est aggravée par une tendance à mettre sur le même plan symétrique les femmes et les hommes parmi les personnes victimes et autrices des violences couvertes par la Convention d'Istanbul ». Les politiques neutres du point de vue du genre comportent, en effet, le risque que les interventions des professionnel-le-s ne tiennent pas compte de la dimension de genre, ce qui peut conduire à des lacunes dans la protection et le soutien des femmes et contribuer à leur victimisation secondaire²⁸⁰. 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 femmes²⁸¹.

Une approche genrée de la violence sexuelle, principalement celle à l'égard des femmes, constitue le fil rouge de la Convention d'Istanbul, que la Belgique a ratifiée. Celle-ci prévoit que « les femmes et les filles sont exposées à un risque plus élevé de violence fondée sur le genre que ne le sont les hommes » – le postulat de neutralité choisi dans le projet de réforme met donc la Belgique en porte-à-faux à

²⁷⁶ Voy. notamment E. JACKSON, "Catharine MacKinnon and Feminist Jurisprudence : a Critical Appraisal", *Journal of Law and Society*, vol. 19, n°2, 1992.

²⁷⁷ A. REVILLARD *et al.*, « À la recherche d'une analyse féministe du droit dans les écrits francophones », *Nouvelles questions féministes*, 2009/2, vol. 28, pp. 4-5.

²⁷⁸ D. BERNARD, L. LETELLIER, *op. cit.*, p. 22.

²⁷⁹ M. GARCIA, *op. cit.*, pp. 176-178.

²⁸⁰ Rapport d'évaluation du Grevio sur les mesures d'ordre législatif et autres donnant effet aux dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique – Belgique, 26 juin 2020, p. 7.

²⁸¹ D. BERNARD, L. LETELLIER, *op. cit.*, p. 22.

cet égard. Plus généralement, la Convention qualifie de *discriminations* les violences envers les femmes, notamment sous leur aspect sexuel, et dispose explicitement que « les mesures *spécifiques* qui sont nécessaires pour prévenir et protéger les femmes contre la violence fondée sur le genre ne sont pas considérées comme discriminatoires »²⁸², appelant ainsi à l'adoption de dispositions visant spécifiquement les femmes. Un engagement auquel la Belgique a souscrit en 2016...et qu'elle ne respecte manifestement toujours pas²⁸³.

4. La charge de la preuve : tension entre principes et difficultés pratiques

La charge de la preuve nous paraît être une question épineuse dans le cadre de la définition du consentement. On peut constater qu'il n'y a pas de réelle modification, celle-ci incombant toujours à la partie poursuivante et à la partie civile (sous réserve de la non-admission du consentement des mineurs d'âge)²⁸⁴. L'Assemblée générale du Conseil supérieur de la Justice a approuvé, le 25 avril 2019, un rapport constatant que « certains experts ont également remis en question le principe selon lequel il appartient au ministère public de démontrer l'absence de consentement » et qu'on « pourrait en effet imaginer une inversion du système qui est le nôtre et où il appartiendrait à l'auteur présumé de démontrer qu'il ou elle a agi avec le consentement de son partenaire »²⁸⁵. Mais le législateur de 2022 n'a pas suivi cette recommandation : dans les travaux préparatoires, il est en effet clairement indiqué qu'un « renversement complet de la charge de la preuve, dans le sens où le non-consentement serait toujours présumé en cas de relations sexuelles et où le consentement préalable doit pouvoir être prouvé par le suspect, semble aller trop loin ». La présomption d'innocence reste en effet un principe fondamental non seulement de notre droit pénal national, mais elle est aussi inscrite dans des normes supérieures, notamment l'article 6.2 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁸⁶. Dès lors, il semblerait périlleux, si pas impossible, d'assouplir la preuve de non-consentement sans risquer de mettre à mal le principe de présomption d'innocence²⁸⁷.

Dans le rapport rédigé suite à la première lecture du texte à la Chambre des représentants, le ministre de la Justice se montre nettement moins catégorique sur la question de la charge de la preuve : « Le projet de loi constitue initialement une

²⁸² Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, précit., art. 3, a) et art. 4, §4.

²⁸³ D. BERNARD, L. LETELLIER, *op. cit.*, p. 24.

²⁸⁴ T. BAYET, « L'approche pratique des réponses pénales aux violences sexuelles : comparaison entre l'ancien et le nouveau régime », in *Droit pénal sexuel : nouvelles dispositions et approche pratique des acteurs du terrain*, Limal, Anthémis, 2023, p.

²⁸⁵ Conseil supérieur de la Justice, « Rapport vers une meilleure approche de la violence sexuelle », avril 2019, p. 12 ; cité dans M. TÖLLER et A. WERDING, « La réforme du droit pénal sexuel », *op. cit.*, p. 17.

²⁸⁶ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mai 1955, *M.B.*, 19 août 1955, p. 5028.

²⁸⁷ S. ISBAÏ, M. CULOT, *op. cit.*, p. 113.

clé dans la lutte contre la violence sexuelle. En effet, seuls 10% du nombre total de plaintes aboutissent à une condamnation. Il s'agit d'un chiffre très faible. L'une des causes vient du fait que les personnes sur le terrain sont confrontées à une législation dépassée. Une législation qui manque de clarté et complique inutilement la charge de la preuve »²⁸⁸. Ces propos du Ministre ont créé une certaine confusion auprès des membres de la commission de la Justice, qui ont dès lors réclamé une clarification sur la portée de la charge de la preuve.

Relevons également qu'initialement, l'alinéa 2 de l'article 417/5 prévoyait seulement que l'acte sexuel ne pouvait avoir été commis « au préjudice d'une personne en situation de vulnérabilité ». Certain-e-s expert-e-s auditionné-e-s par la commission de la Justice ont exprimé leur inquiétude quant à l'interprétation de cette formulation, craignant qu'elle puisse être considérée comme une présomption de non-consentement²⁸⁹. Une proposition d'amendement a ainsi été déposée afin que les termes « en abusant de » soient introduits dans le texte de loi : la simple vulnérabilité altérant le libre arbitre ne signifierait dès lors pas l'impossibilité de consentir à la relation sexuelle, et il reviendrait au juge d'apprécier le caractère éventuellement abusif de la situation (voy. *supra* section 2, §2, B., 2°)²⁹⁰. En réponse, le Ministre a souligné que « l'article proposé a été délibérément formulé de la sorte. Lorsqu'une personne est en situation de vulnérabilité, elle est réputée ne pas avoir donné son consentement. Cette personne ne devra donc pas prouver qu'il était question d'un abus de cette situation ». Selon lui, le terme « abus » alourdirait la charge de la preuve, ce qui n'est pas souhaitable dans des situations de vulnérabilité. On ne peut que louer cette prise de position du Ministre. Ce dernier rappelle néanmoins que la circonstance litigieuse doit avoir été de nature à altérer le libre arbitre, et la vulnérabilité supposée sera appréciée *in concreto* par le juge. Cependant, dans un esprit de compromis et pour souligner qu'il n'est nullement question d'un renversement complet de la charge de la preuve, il a été opté pour les termes « en profitant de »²⁹¹.

Néanmoins, malgré ce rappel du principe de présomption d'innocence, l'ambiguïté relevée dans les travaux préparatoires et dans l'exposé des motifs pourrait s'avérer

²⁸⁸ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Rapport de première lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, n°55-2141/006, p. 4.

²⁸⁹ À cet égard, nous pouvons mentionner l'avis rendu par la Ligue des Droits Humains, qui souligne que « la formulation de cette disposition peut comporter certains risques, principalement celui d'introduire une présomption de non consentement dès qu'une personne aura été sous l'influence d'une substance psychotrope. Pour éviter un tel risque, il conviendrait de s'assurer qu'une simple consommation d'alcool ou de drogue n'entraîne pas *ipso facto* une présomption de non consentement. Il faut en effet encore qu'il soit prouvé que cette consommation a eu un effet d'altération du libre arbitre », LDH, Avis sur le projet de loi du 19 juillet 2021 modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, octobre 2021, p. 2.

²⁹⁰ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Amendement n°90, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n°55-2141/009, p. 3.

²⁹¹ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Rapport de la deuxième lecture, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2020-2021, n°55-2141/017, p. 11.

être source de confusion pour le lecteur²⁹². Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'un recours soit introduit auprès de la Cour constitutionnelle pour manque de clarté.

Différents mouvements de la société civile regrettent toutefois qu'il n'y ait pas de renversement de la charge de la preuve quant au consentement²⁹³. Françoise Tulkens en fait partie : « dans le cas des infractions à caractère sexuel », dit-elle, « je ne comprends pas que la charge de la preuve – si on allègue des faits avec vraisemblance – ne soit pas renversée, puisqu'on le fait pour toute personne en situation de vulnérabilité par rapport à l'autorité, ce qui correspond exactement à la situation des femmes par rapport aux hommes ». Selon elle, il fallait prendre une position plus nette, plus courageuse²⁹⁴. En ce sens, l'association *Fem&Law* a également suggéré lors de son audition en Commission qu'il serait nécessaire d'inclure une liste d'éléments fondant une présomption simple de non-consentement. Au moins deux situations devraient être considérées comme fondant pareille présomption : premièrement, l'altération du libre arbitre en raison d'une intoxication grave de toute substance psychotrope (alcool inclus) ; et deuxièmement, la condamnation antérieure pour inceste de l'auteur envers la victime. Dans ces hypothèses, la victime serait ainsi réputée n'avoir pas eu la faculté d'exprimer son consentement valablement, et il appartiendrait à l'auteur de prouver que le consentement lui a bien été remis²⁹⁵. Cette suggestion n'a néanmoins pas été suivie par le législateur.

Nous constatons ainsi que les positions se divisent entre les partisans d'un renversement de la charge de la preuve et ceux qui insistent sur le principe de la présomption d'innocence. Cependant, à notre sens, il serait fructueux de recentrer la discussion sur l'écoute attentive des victimes, la considération de leur témoignage et la reconnaissance des traumatismes vécus²⁹⁶. Une telle démarche pourrait, avant tout, marquer un premier pas dans la bonne direction, offrant ainsi une initiative prometteuse pour progresser. C'est l'issue la plus souhaitable pour appréhender correctement la complexité des violences sexuelles, mais aussi pour favoriser un environnement propice à une quête de justice plus compréhensive.

²⁹² S. ISBIAI, M. CULOT, *op. cit.*, pp. 113-114.

²⁹³ T. BAYET, *op. cit.*, p. 202.

²⁹⁴ V. LAURENT, « Deux expertes, une réforme : Françoise Tulkens s'exprime sur la réforme du Code pénal en matière sexuelle », *Collectif*, n°242, octobre 2021, <https://www.axellemag.be/francoise-tulkens-reforme-code-penal/> (consulté le 27 juillet 2023).

²⁹⁵ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Rapport de première lecture, précit., p. 289.

²⁹⁶ I. THÉRY, *op. cit.*, p. 387.

SECTION 3. À LA CROISÉE DES NORMES SOCIÉTALES ET DES NORMES JURIDIQUES

Les mouvements féministes des années 70 ont été les pionniers dans les débats sur l'autonomie et la liberté sexuelle des femmes. Plus récemment, les mouvements #MeToo et #BalanceTonPorc ont exprimé un rejet croissant des violences sexuelles et de leur impunité, et ont appelé à un investissement de l'outil pénal en vue de sanctionner toute forme de violence commise à l'égard des femmes²⁹⁷. Le droit est en effet devenu un terrain privilégié pour l'expression de ces revendications, et c'est dans ce contexte de lutte contre les violences sexuelles faites aux femmes qu'a été adopté le nouveau droit pénal sexuel.

Son adoption ne nous semble, en revanche, pas suffisante. En effet, conformément aux déclarations de la députée Claire Hugon lors des débats en commission, « le Code pénal ne constitue pas un manuel de déconstruction de la domination masculine ou un mode d'emploi sur le consentement ou sur l'égalité. Ce n'est pas en ouvrant le Code pénal que l'on va apprendre à des jeunes comment s'assurer que l'acte sexuel est bien souhaité par son ou sa partenaire ». Autrement dit, les nouvelles dispositions pénales ne sont qu'une réponse partielle apportée aux violences sexuelles en général et aux violences sexuelles envers les femmes plus particulièrement. Ne commettons pas l'erreur de penser que la modification du Code pénal portera, par essence, de grandes avancées pour les droits des victimes²⁹⁸. Par ailleurs, comme l'a justement rapporté la députée Vanessa Matz, « tous les changements de ce nouveau Code pénal ne seront utiles que si d'abord et avant tout, il existe en parallèle et de manière volontaire, le respect comme valeur et la vérification du consentement comme mode de vie »²⁹⁹. Améliorer notre arsenal juridique est une étape, changer les pratiques en est une autre.

Avant toute chose, il faut commencer par entendre toutes les critiques portées par les mouvements #MeToo et #BalanceTonPorc sur les manquements majeurs de la police et de la justice, et tenter d'y répondre concrètement, en donnant aux acteur·rice·s de terrain les moyens d'être formés et d'agir correctement. Au fond, sur la question des violences sexuelles, l'objectif n'est pas tant d'aller vers plus de répression ou d'augmenter les peines, mais de modifier la conscience collective et d'imaginer des voies nouvelles dans la façon de reconnaître aux victimes les torts qui leur ont été faits³⁰⁰.

²⁹⁷ J. PIERET, « Une justice pénale internationale vue par les femmes : continuités et bifurcations dans les analyses féministes de la pénalité », *Champ pénal*, 2016, n°36.

²⁹⁸ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Discussion générale, C.R.I., Ch. repr., sess. ord. 2021-2022, séance n°170 du 17 mars 2022, pp. 8-9.

²⁹⁹ Projet de loi modifiant le Code pénal en ce qui concerne le droit pénal sexuel, Discussion générale, précit., p. 32.

³⁰⁰ I. THÉRY, *op. cit.*, p. 392.

Si le texte de la réforme du droit pénal sexuel n'est certes pas parfait, il constitue toutefois une réelle avancée. Ce qui nous semblait aller de soi est dorénavant clairement indiqué dans la loi, et nous nous en réjouissons. Comme relevé précédemment, diverses lacunes continuent néanmoins d'affecter le nouveau Code pénal. Elles sont d'autant plus interpellantes qu'elles risquent d'affecter davantage certaines catégories de la population : comme nous l'avons démontré tout au long de ce mémoire, les femmes sont les premières victimes et les hommes les auteurs majoritaires des infractions concernées. Face à ces constats, la nouvelle définition du consentement ne semble pas suffisante pour lutter contre les violences sexuelles, dès lors qu'elle ne tient pas compte de leur caractère structurel et socialement construit. Notre analyse révèle ainsi que le changement de paradigme du législateur ne semble pas complètement assumé, tant dans la rédaction du texte qu'en connaissance des stéréotypes qui règnent encore en la matière. Le progrès est, en réalité, moins significatif que ce que le législateur laisse entendre. Hélas, on peut donc craindre que la protection des victimes de violences sexuelles ne sera pas garantie, et que la réforme ne sera pas aussi effective que souhaité. Il reste donc à espérer que les cours et tribunaux compenseront ces manquements en développant une jurisprudence informée et égalitaire. Autrement dit, l'essentiel réside maintenant dans l'interprétation qui sera réservée à ce texte réformé : c'est en cette direction que s'orientent les attentes et les espoirs de la société³⁰¹.

³⁰¹ D. BERNARD, L. LETELLIER, *op. cit.*, pp. 38 et 48.

CONCLUSION

Au terme de cette exploration de l'histoire du consentement sexuel féminin à travers les époques, nous pouvons appréhender l'ampleur des mutations mentales et juridiques qui ont affecté la compréhension, la perception et la répression des violences sexuelles faites aux femmes. Non sans écho avec les problématiques contemporaines, certaines descriptions nous permettent de prendre la mesure de l'horreur des violences subies par les femmes au cours de ces derniers siècles³⁰², soulignant l'importance cruciale des avancées législatives, mais aussi sociétales, dans la quête d'une société égalitaire et respectueuse de la dignité humaine. Le changement de l'appréciation des violences sexuelles sur les femmes adultes tient tout d'abord au changement du rapport entre les hommes et les femmes, dont la transformation a été décisive au cours des dernières décennies, mais également aux avancées majeures sur le plan législatif, lesquelles ont joué un rôle primordial dans la redéfinition des valeurs en ce qui concerne les relations intimes.

Depuis des décennies, la société occidentale se targue en effet d'avoir progressé en termes juridiques vers l'égalité des sexes et la reconnaissance des droits individuels. À cet égard, la réforme de 2022 marque un tournant majeur, illustrant la conscience croissante de l'existence d'inégalités potentielles au sein des relations intimes, particulièrement entre partenaires : autrefois, le couple constituait une enclave dépourvue d'attention législative, où le viol entre époux demeurait impuni, reflétant ainsi une époque où l'homme était perçu comme ayant une autorité quasi-propritaire sur sa femme. Fort heureusement, le couple s'est aujourd'hui transformé en une sphère de préoccupation aiguë, un terrain de vigilance où les relations sont reconnues comme potentiellement inégales, symbolisés par la reconnaissance, à travers l'adoption de la réforme du droit pénal sexuel, des violences entre partenaires comme une circonstance aggravante des infractions sexuelles.

Cependant, l'angle juridique, bien que jouant un rôle essentiel, ne peut à lui seul engendrer un changement durable. 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. Autrement dit, 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

³⁰² G. LANCEREAU, « Un crime au temps des Lumières. Vivre, dire et punir le viol au XVIII^e siècle », *op. cit.*

l'objet d'une attention prioritaire : la loi peut prescrire des règles, mais c'est bien la société qui doit les appliquer en dernier ressort³⁰³.

Une nouvelle perception sociale du consentement se dessine justement au travers de notre analyse : plutôt que de le concevoir comme une interaction isolée entre des individus, il est crucial de le comprendre comme intrinsèquement enchevêtré dans des structures sociales, en tenant compte des profondes influences des normes patriarcales et des inégalités qui persistent au sein de notre société. Bien que le législateur ait reconnu ces inégalités en criminalisant les violences sexuelles entre partenaires en tant que circonstance aggravante, il néglige cependant (notamment en adoptant la neutralité de genre dans la criminalisation des infractions) la réalité globale des relations sexuelles dans leur ensemble, y compris celles entre non-partenaires : celles-ci demeurent teintées de dynamiques inégales entre les hommes et les femmes – comme nous l'avons illustré à travers l'analyse des zones grises du consentement. Pourtant, en appréhendant la problématique au travers de ces facteurs, nous serons plus aptes à remettre en question les dynamiques de pouvoir préexistantes, et nous pourrons alors œuvrer vers une transformation sociale profonde, favorisant des relations fondées sur l'égalité et le respect.

L'ère #MeToo ne fait que commencer, et si l'on se tourne vers l'avenir, l'approche relationnelle et sociale que nous avons mise en lumière au sein de ce mémoire devrait nous donner quelques armes pour affronter les débats complexes qui nous attendent, et qui exigent de décortiquer les différentes dimensions d'un problème en constante évolution³⁰⁴.

Alors que nous concluons cette étude, nous aspirons à un avenir où les violences sexuelles envers les femmes appartiendront au passé, et où la société aura évolué vers une compréhension plus profonde et respectueuse du consentement. Le changement social est évidemment rarement aussi radical que ceux qui l'ont initié le voudraient : les systèmes de pouvoir sont difficiles à démanteler ; cela prend du temps, parfois des siècles. Les progrès sont rarement linéaires et les revers sont inévitables. Mais ce n'est pas impossible³⁰⁵. Le chemin peut être ardu, mais le potentiel de changement est immense. En conjuguant nos efforts, en célébrant chaque progression et en incarnant la culture du consentement à chaque occasion de notre vie quotidienne, nous construisons un avenir où l'égalité et le respect forment les fondations solides de notre société. Alors, qu'attendons-nous pour façonner activement ce changement ?

³⁰³ D. HEIRBAUT, *op. cit.*, p. 90.

³⁰⁴ I. THÉRY, *op. cit.*, p. 390.

³⁰⁵ M. POPOVA, *op. cit.*, p. 179.