

Introduction 2020 : *Le présent texte fut rédigé en 2005. Il est paru aux PUF dans un ouvrage collectif, La Liberté Sexuelle sous la direction de Daniel Borrillo et Danièle Lochak Depuis l'ambiance a incontestablement changé : Une pression s'exerçant à la suite de diverses affaires a conduit, sans encore y parvenir, à réduire la notion de consentement, la présence d'une foule de facteur conduisant à considérer que le « consentement » n'est pas librement « consenti ». Pourtant ces éléments, comme la différence d'âge, la différence de milieu social, l'autorité ont déjà été rejetés par la Cour de Cassation (voir p. 7). Quant à la séduction, souvent invoquée pour les jeunes mineures (voir p. 10), son admission conduirait à entrer dans la casuistique qui distinguerait la bonne séduction de la mauvaise, tâche impossible en Droit pur : Il ne paraît pas possible de laisser au juge la possibilité d'estimer ou non qu'une femme qui avait exprimé son consentement au moment de l'acte sexuel a été en réalité violée. Nous sortirions ainsi de ce que nous appelons le Droit pour passer à autre chose. Il en va de même de l'absurde débat que des gens, généralement ignorants du droit, ont tenté d'ouvrir sur l'âge du consentement, comme si tous les êtres humains étaient exactement semblables. Le raisonnement sur le consentement apparaît de plus en plus comme le point de rupture entre un vieux droit qui avait bien des défauts et un néodroit (au sens de néosocialiste c'est-à-dire nazi) qui nous transforme en machine face à une autre machine dont l'exemple précurseur fut le stupide radar routier.*

Le consentement

En notre début de XXI^e siècle, dans notre société d'Europe occidentale la sexualité entre adultes consentants semble le modèle de la sexualité admise, comme naguère la sexualité nuptiale constituait le référent absolu. L'idée de rapports librement consentis semble profondément ancrée dans notre civilisation ce qui est certainement dû au caractère consensuel qui a toujours été la base du mariage, au moins dans le discours des juristes. La sexualité débridée, faisant fit du consentement de l'autre, est toujours resté marginale même si, ironie de l'histoire, l'œuvre du marquis de Sade a pu se lire comme révolutionnaire. Pourtant, en dehors du mariage le consentement aux relations sexuelles n'a jamais été clairement défini par les juristes, ce qui n'a pas empêché le droit d'asseoir sur lui toute une partie de la répression en matière de sexualité.

1 Une théorie incertaine.

Le consentement aux relations sexuelles n'a jamais retenu l'attention de ceux que nous appelons actuellement les civilistes. Cet état de fait est assez facilement explicable puisque notre problème est principalement soulevé à propos du viol. Or le droit pénal, qui seul nous retient ici, n'a jamais bénéficié, jusqu'à une époque fort récente de la sollicitude des grands juristes. Cela explique en partie la faiblesse historique, pour ne pas dire l'absence, des théories en notre matière. Pourtant cette marginalisation n'explique pas tout et deux grandes raisons peuvent être invoquées. La première tient au fait que le consentement a toujours, dans notre système de droit, été appréhendé à l'aide des réflexions romaines, or le droit romain se prête particulièrement mal à l'analyse des comportements sexuels. La seconde raison tient au problème complexe et évolutif de ce que l'on pourrait appeler le cercle de vie privée : L'apogée des théories consensualistes en droit correspond à l'époque où la sphère privée, - dans laquelle il est entendu que le droit n'a pas de véritable place - se développe.

A L'analyse contractuelle et son impossible application

Les romains, après la période archaïque formaliste, se livrent à l'analyse du consentement en matière contractuelle. Leur raisonnement sur la cause, quand il existe, a toujours été assez pauvre, - les juristes retenant surtout la théorie des vices du consentement par voie d'action puis par exception. Les glossateurs médiévaux s'intéresseront, eux, bien plus à la notion de cause, développant, sous l'influence des théologiens, un concept que les romains avaient seulement entrevu. Or plusieurs raisons rendent cette réflexion inapplicable aux relations sexuelles :

Tout d'abord les juristes qui ont en vue le contrat s'intéressent à l'annulation, la rescision, ou l'autorisation judiciaire de non-exécution par voie d'exception. Si l'annulation du contrat a un sens on voit mal la portée de l'annulation de la relation sexuelle. Les juristes contemporains pourraient évidemment conclure à l'octroi de dommage et intérêt ce qui ne correspond pas à la mentalité médiévale et poserait le délicat problème du prix. Les seuls enseignements applicables pour nous sont les plus anciens - à savoir ceux découlant des délits privés qui eux ne concernent pas seulement l'exception mais principalement l'action - particulièrement ceux du *metus* et dans une certaine mesure du dol. Dans un sens le viol est parent du *metus* qui implique la violence ou la crainte. Mais là encore, à l'étape de la condamnation cette fois le prix intervient. Il est éclairant de constater que le *metus* et le dol ne subsisteront qu'à l'état d'exception ce qui les éloigne de notre champ d'intérêt.

La seconde raison qui rend difficilement transposable l'analyse consensuelle tient au contenu même de la théorie de la cause telle qu'elle sera développée par les glossateurs¹. Chez les savants la distinction entre la cause impulsive, sans intérêt, et la cause finale, déterminante, conduit rapidement à la pure tautologie, la cause de la libéralité y étant l'intention libérale. Chez les praticiens la cause sert avant tout à censurer l'engagement immoral. La sexualité hors du mariage étant par nature immorale en ces temps le raisonnement consensuel ne peut s'appliquer. De toute manière une analyse du consentement aux relations sexuelles trop proche du consentement contractuel aurait conduit à envisager l'hypothèse de négociations qui auraient conduit à la prise en compte par le juge de l'activité prostitutionnelle ce qui n'est historiquement pas concevable.

Malgré ces difficultés la faiblesse historique de l'analyse juridique de la sexualité tient, évidemment, principalement à la proximité du mariage qui bien avant et bien après que l'Église structure la société, apparaît comme la seule institution digne d'encadrer les relations entre un homme et une femme. Qu'importe si le mariage romain est très différent du mariage chrétien², qu'importe si le mariage chrétien autocélébré ressemble beaucoup à un concubinage³, c'est au mariage que sont réservés les grandes analyses juridiques. La synthèse sophistiquée de la dimension sacramentelle et de l'aspect contractuel a pu être opérée par les canonistes, énumérant les empêchements porteurs de nullité, dissertant sur la cause⁴, appliquant,- avec une certaine réticence- la théorie des vices du consentement. La sexualité hors du mariage est selon les époques le domaine du secret, de l'inconvenance ou du péché. Quand ses conséquences apparaissent trop brutalement, -cas des bâtards élevés ostensiblement par leurs seigneurs de pères - le mutisme s'impose sur cette indulgence de l'Église. Il n'est pas étonnant dans ces conditions, comme nous le verrons plus loin, que seul le viol « bruyant » soit poursuivi, que seul l'adultère patent et pratiquement public soit réprimé⁵.

Le mariage a pu, pendant le moyen âge absorber l'amour et la sexualité. La situation est plus complexe aux temps modernes quand la pratique des mariages tardifs s'imposent⁶. Dans le même temps, dans les canons du concile de Trente et en France dans l'ordonnance de Blois le mariage devient public et établi incontestablement par les registres paroissiaux. La sexualité « libre » ne peut plus être, de bonne ou de mauvaise foi confondue avec le mariage. Ses premières traces officielles découlent d'un édit d'Henri II qui oblige les « filles grosses » à une déclaration de grossesse devant une autorité publique. Ce texte d'application très inégal, nous permet pour la première fois de connaître les raisons, -tout du

¹ Par exemple Levy et Castaldo, *Histoire du droit civil*, Paris, 2002 p. 832.

² Pour une hypothèse d'une sexualité barbare radicalement différente de la conception romano-canonique Cf. Jean-Pierre Poly, *Le chemin des amours barbares*, Paris, 2003.

³ Dans certain cas au V^e siècle seule la constitution d'une dot permet de distinguer le mariage du concubinage Cf. Jean Gaudemet *op. cit.* p 63.

⁴ Remarquons que les canonistes sont allés très loin dans l'analyse des causes. À côté des finalités traditionnelles (assistance, procréation, remède à la concupiscence) sont admises des fins politiques (établissement d'une paix) ou sociales. Le traité *De ortu coniugii* (cité par Gaudemet *op cit* p. 157) retient comme causes du choix du conjoint : la famille, la beauté, la richesse.

⁵ La traduction de l'adage de droit romain (tardif) « *pater is est..* » par « putasserie ne rompt héritage » illustre bien la mentalité qui veut évacuer le plus possible la sexualité hors mariage même quand elle constitue un crime dans le système de droit concerné.

⁶ Cf Jacques Solé *L'amour en occident*, Paris, 1976.

moins les raisons invoquées devant le juge- du consentement de la jeune fille à des relations aux conséquences souvent catastrophique dans la société d'ancien régime où une grossesse illégitime n'est jamais désirée. Dans les études très parcellaires dont nous disposons⁷ la situation invoquée majoritairement correspond le plus souvent à un dol : Fausse promesse de mariage, fausse promesse d'aide. Pourtant dans un certain nombre de cas un consentement de type prostitutionnel est semblait-il visible : Il s'agit de déclarations où les relations sexuelles ont été consenties en échange, par exemple, de l'«établissement dans une chambre particulière» permettant le départ de la maison parentale. Le cas des domestiques est nombreux et souvent typique : il semble admis, pour certaines que les relations avec le maître, ou avec des amis de passage du maître à la demande de celui-ci, font partie des obligations professionnelles. Ces sources, en tous cas jusqu'au milieu du XVIIe siècle, ne nous renvoi jamais à une sexualité de type romantique. Le consentement soit vicié, soit réel, mais de pur intérêt, semble la norme. Remarquons qu'aucune de ces jeunes filles ne croit utile de mentir pour couvrir de l'amour une situation que nous jugeons plus sordide. Ce qui prouve que l'idée de la sexualité avec l'homme aimé ne les effleure même pas, ce qui prouve aussi que notre valorisation de la sexualité librement consenti entre personnes aimantes et consentantes n'est pas universelle.

En fait le mariage demeure la seule référence officiellement admissible en matière de sexualité et un sérieux doute sur le consentement demeure en ce qui concerne la sexualité hors du mariage (en dehors de la prostitution). Les rois et les grands seigneurs qui désirent une jeune fille d'une certaine condition prennent soin de la marier avant d'en faire leur maîtresse, ce qui est bien sur hypocrite, mais ce qui rend la sexualité hors mariage invisible, sauf des initiés. Une jeune fille de condition est en mesure d'exiger d'être marié, au besoin avec un autre, avant d'avoir des relations sexuelles⁸. Seules les prostituées et les pauvres filles « consentent » aux relations sexuelles sans l'abri d'un mariage. L'évolution fondamentale des mentalités à la fin du XVIIe siècle aurait pu favoriser la prise en compte d'une sexualité autonome, clairement différenciée du mariage. En fait il n'en sera rien à cause principalement du concept émergeant de vie privée.

B Cercle de vie privée et amour romantique .

Notre vision du consentement repose sur l'analyse des rapports entre deux personnes isolées, d'une manière physique ou au moins intellectuelle des autres. Pendant longtemps cette situation n'était réalisée que chez les grands seigneurs⁹. Au XVIIIe siècle, la bourgeoisie connaît cette intimité architecturale qui ne touchera les classes les plus modestes qu'au XXe siècle. L'habitat n'est que le reflet des mentalités, à partir du XVIIIe siècle il est raisonnable de considérer qu'un besoin d'intimité, qui conduira à un repli sur la famille nucléaire, se fait jour.

Avant l'époque contemporaine l'absence d'intimité n'est pas seulement physique mais aussi sociale. Les jeunes gens, notamment, ne sont jamais isolés. Dans les hautes classes la jeunesse se déroule dans des institutions religieuses où tout contact entre homme et femme est prohibé et les conduites homosexuelles empêchées par une surveillance de tout instant, ou au moins affichée comme tel. Dans ces milieux le schéma connu, un peu caricatural, est à peu près vrai : une fille ne sort du couvent que pour le mariage. La pratique du XIXe siècle ne sera pas éloignée. Pour les milieux paysans la pratique est différente : Les fréquentations entre jeunes gens et jeunes filles semblent plutôt encouragées mais étroitement surveillées par le groupe. Selon les régions des pratiques comme le maraîchinage ou l'albergement¹⁰ permettent des pratiques sexuelles très poussées, comme le coucher ensemble, tout en maintenant la surveillance du groupe et en empêchant les relations sexuelles complètes. Certains historiens¹¹, pas tous¹², considèrent que ces pratiques érotiques sont une réponse des jeunes gens,

⁷ Cf Jacques Depauw, Amour illégitime et société à Nantes au XVIIIe siècle, *Annales ESC*, 1972.

⁸ On cite aussi une marquise qui pour pouvoir fréquenter plus librement son amant le donne à épouser à sa fille. Sur ces questions voir Jacques Solé, *op. cit.* p 153 et suivantes

⁹ Pour l'évolution de l'habitat voir Lewis Mumford, *La cité à travers l'histoire*, Le Seuil, Paris 1964.

¹⁰ Voir Jean-Louis Flandrin, *Les amours paysannes ((XVI-XIXe)*, Paris, 1975, aussi Edward Shorter, *Naissance de la famille moderne*, Paris, 1977..

¹¹ Principalement Jean-Louis Flandrin, *Familles*, Paris, 1976.

¹² Contesté par Shorter *op.cit.*

contrôlée par les adultes, à l'élévation progressive de l'âge imposé par les contraintes économique. Cette gestion traditionnelle de la libido élude le problème du consentement. L'acceptation du « flirt » semble parfaitement codifié : Il dépend, par exemple, dans le marais poitevin de la réaction de la jeune fille à un jet de cailloux. L'acceptation de passer la nuit ensemble, dans le cadre de l'albergement savoyard, se fait aussi sous contrôle et de toute façon le couple ne sera jamais isolé. Dans un sens les exigences du consentement palier par palier, mis en lumière de nos jours par les auteurs anglo-saxon, sont parfaitement réalisés pour les paysans de l'ancienne France, sans jamais aller, bien évidemment jusqu'aux relations sexuelles complètes.

La donne changera complètement à la fin du XVIII^e siècle. En France la Révolution, brisant les corps intermédiaires, provoquant la disparition des communautés villageoises, ne fait qu'accélérer un mouvement européen lié à la montée de l'individualisme. L'apparition, dans la clandestinité et à une large échelle des pratiques contraceptives¹³ montre l'apparition d'une mentalité nouvelle : Des couples de plus en plus nombreux entendent prendre leur vie familiale en charge rejetant à la fois la morale de l'Église et de l'État, qu'il soit monarchique, révolutionnaire ou napoléonien, et dans une certaine mesure du groupe social qui va cesser d'exister en tant qu'institution. Des historiens se sont émerveillés de cette montée de l'« amour romantique»¹⁴, complexe à analyser puisque n'ayant laissé que des sources indirectes. Toujours est-il que le comportement des couples change, qu'il est bon d'aimer, ou de paraître aimer, ses enfants et son épouse. Autour de la famille nucléaire se constitue une barrière dont la légitimité semble reposé sur l'amour qui la baigne. La prise de distance d'avec la famille élargie s'opère¹⁵. Le contrôle corporatif ne peut plus avoir lieu après la disparition de ces structures, le contrôle de l'église s'estompe et il semble admis que les hommes et les femmes considèrent qu'au moins une partie de leur vie privée ne regarde qu'eux. Cette idée contemporaine de vie privée est complètement nouvelle. Comme nous l'avons dit certains la fondent sur la montée de l'amour romantique que l'on peut rattacher à l'émergence de l'individualisme, lui-même lié à la montée du capitalisme libéral. On peut aussi dans un sens y voir le triomphe lointain d'une mentalité protestante, où la libre réflexion individuelle est encouragée, sur une mentalité catholique en laquelle le poids de la tutelle institutionnelle serait plus importante.

Toujours est-il qu'en notre domaine certains auteurs ont mis en évidence une sexualité plus libre. L'augmentation incontestable des naissances illégitimes est invoquée en ce sens, d'autant plus que la plus grande partie des sources analysées laisse entendre que l'homme et la femme sont de plus en plus en position d'égalité, de moins en moins lié par des relations inégalitaires de type maître servante. La tentation est grande de supposer que l'on passe, du début du XVIII^e siècle au milieu du XIX^e d'une sexualité hors mariage plus ou moins contrainte, au moins de type prostitutionnelle, à une sexualité consentie. La disparition progressive du contrôle social a évidemment été un élément important de cette éclosion des comportements individualistes en marge de la morale officielle. Même s'il faut, s'agissant du XIX^e siècle et des débuts du XX^e siècle relativiser l'importance numérique de ces comportements nouveaux, cette nouvelle approche de la sexualité est incontestablement, et bien involontairement, favorisée par la nouvelle philosophie juridique issue de la Révolution qui sépare radicalement la morale, y compris la morale sexuelle, du droit. Cette séparation s'opère au nom des principes de la déclaration des droits de 1789, qui veut que l'on ne punisse et n'interdise que ce qui porte préjudice à autrui. Ce nouveau droit, débarrassé de la morale permet le développement considérable de la sphère de la vie privée hors du droit, hors de la tutelle morale non désirée d'une autorité quelconque. Cette reconnaissance toute nouvelle d'une vie privée librement administrée par les citoyens est sans doute plus importante qu'on peut le supposer. C'est elle qui induit par exemple le concept napoléonien de « paix des familles », mais c'est aussi elle qui sera utilisée par l'État pour y rejeter toute activité religieuse dans les lois fondatrices de la laïcité. Elle peut aussi expliquer l'absence d'une quelconque proclamation d'une liberté des conduites sexuelles. Outre que celle-ci aurait

¹³ Cf. par exemple : Jean-Louis Flandrin, *Familles, op.cit.*, p.204.

¹⁴ Shorter, *op.cit.*

¹⁵ L'exode rural et l'industrialisation ont évidemment une grande importance dans le phénomène.

choquée au début du XIX^e siècle, elle n'aurait pas été pertinente, portant sur un domaine maintenant a-juridique.

Dire que la sexualité est du domaine de la vie privée emporte un certain nombre de conséquences : Le discours institutionnel sur la sexualité n'a d'abord plus de place, la voie au discours médical est ouverte. Le consentement dans ces conditions n'a pas à être analysé. Seul le viol par agression violente extérieure sera poursuivi. Le résultat est le même que sous l'ancien régime, bien que le point de départ soit différent. Sous l'ancien régime, comme nous l'avons dit le consentement est du domaine de la gestion du groupe social. Dans le XIX^e siècle libéral, il est du domaine de la responsabilité individuelle. Il appartient aux femmes, dans leur vie privée, de ne pas se placer dans certaines situations, le juge n'ayant pas vocation à analyser ce qui peut se passer dans l'intimité du domicile. La jurisprudence développée en matière d'adultère de la femme va dans le même sens, contrairement à certaine opinion : accepter de passer une nuit dans un appartement avec un homme revient à l'acceptation des relations sexuelles, que les relations sexuelles aient lieu ou non, qu'elles soient véritablement consenti ou non, n'est pas l'affaire du juge qui entend s'en tenir à des signes extérieurs à la vie privée.

L'amour passion, prôné par les romantiques a pu jouer, certainement à la marge, dans ce retrait du droit. Toujours est-il que le législateur, pratiquement jusqu'au début de la troisième république, au nom de cette vision libérale s'interdira de sévir contre des conduites sexuelles que la société jugeait globalement choquantes. La réaction sociale elle, sera peu nuancée, assimilant habituellement liberté sexuelle, prostitution, proxénétisme et ivrognerie pour dépeindre les « classes dangereuses », issues de l'exode rurale.

La frontière entre la vie publique et la vie privée, qui ne nécessite qu'une intervention minimaliste du droit et une intrusion d'une discrétion absolue du juge est libérale. Elle ne correspond plus à l'attente des sociétés de la fin du XX^e siècle prises de l'angoisse d'être elle-même et l'exprimant sur le mode de la « victimisation »¹⁶. C'est au prix d'une rupture de ce cette bulle de vie privée que le droit progressera et que toute la subtilité de l'analyse du consentement pourra être entreprise¹⁷. Le consentement libre entre adultes devient la référence de base de la relation sexuelle ce qui historiquement est une nouveauté considérable puisque le mariage fut pendant des siècles la référence obligée, l'« autre sexualité » étant marginale. L'utilisation récurrente du terme « partenaire sexuel » exprime jusqu'à la caricature cette atmosphère avant tout consensuelle. Remarquons aussi que le mariage lui-même se privatise : Moins institutionnel, plus consensuel, à cause de la montée historique du divorce, il devient aussi un cadre protecteur de la sexualité : Il n'est pas rare de considérer que les relations sexuelles stables conduisent au mariage ce qui inverse complètement la conception première de l'union conjugale.

2 Une pratique ambiguë.

Le consentement, au début du XIX^e siècle devient donc la base de l'activité sexuelle licite. Le principe posé par les révolutionnaires et le législateur napoléonien semble être que le libre consentement écarte le contrôle étatique même si l'activité concernée peut être regardée comme choquante. Dans un sens, il s'agit d'un écho du consensualisme contractuel triomphant qui générera la doctrine de l'autonomie de la volonté, proclamant la supériorité du contrat sur la loi. Toutefois rien en notre matière ne ressemble au débordement consensuel de la doctrine civiliste du XIX^e siècle. La pudeur, qui interdit le discours sur le sexe en dehors du domaine médicale est très certainement à invoquée.

Au nom de la séparation du droit et de la morale, mais aussi du respect de la volonté exprimée dans le cadre de ce cercle de vie privé l'homosexualité et l'inceste, deux infractions majeures sous l'ancien régime cesseront d'être pénalement réprimées. Bien plus tard, en 1976, l'adultère de la femme sortira du code pénal.

¹⁶ Cf. Jean-François Chassaing, « L'évolution du rôle de la victime dans le procès pénal » in *Méditerranées*, n°37, Paris, 2004.

¹⁷ C'est aussi, par cette rupture, que l'institution juridico-social se découvrira dans rôle anciennement dévolu à l'Église, celui de déterminer l'admissibilité des conduites privées.

Dans la seconde moitié du XX^e siècle la sexualité librement consentie ne sera plus regardée comme simplement licite mais aussi normale, -au sens de conforme à la norme sociale. Le consentement, dans un sens, remplace la morale comme fondement de la bonne sexualité. Dans un autre le consentement devient la morale même de la sexualité ce qui permettra, sans trop de problème, de condamner le mari pour le viol de sa femme. Pourtant le tournant des années 1970, temps de la liberté sexuelle, du « jouir sans entrave » marque en notre domaine la fin de l'ère libérale, comme la fin de l'optimisme économique et social. À trop parler de sexualité a-t-on fait douter du bien-fondé de cette sphère de vie privée, jusqu'ici difficilement franchissable par l'État ? L'angoisse des périodes de crises engendre un nouveau contrôle au nom de la dignité et de la protection. Le consentement, dans certains cas, est susceptible de devenir suspect. Le droit se voit donc assigner deux missions contradictoires, dans un sens il est le garant du consentement, dans un autre il en est le censeur.

A-L'État garant du consentement,

À l'époque contemporaine, la prise en compte du consentement à la relation sexuelle par l'État se renforce même si elle n'est pas complètement nouvelle. La séparation, depuis la fin de l'Ancien droit, du rapt et du viol a beaucoup retenu l'attention¹⁸, certains avaient pu discerner dans cette assimilation l'idée que la femme n'était qu'une chose sous l'ancien régime. L'autonomie nouvelle du viol nous semble plus sérieusement due à l'affaiblissement des structures familiales de contrôle et à la naissance, ou moins au renforcement, de l'individualisme. Elle met fin aussi à la confusion, opérée sous l'ancien régime, entre le rapt subi par la femme et le rapt voulu par la femme, dit rapt de séduction.. Il faut noter que la théorie du rapt de séduction avait été introduite au XVI^e siècle par les légistes royaux, contre la volonté de l'Église, pour lutter contre les mariages conclus en opposition à la volonté des familles. L'analyse du rapt de séduction était d'ailleurs paradoxalement consensuelle, elle consistait à considérer que le fait d'être sous la dépendance du « ravisseur » créait un vice du consentement irréparable, alors qu'être soumis à la pression parentale ne pouvait engendrer qu'une crainte révérencielle insusceptible de vicier le consentement d'après le droit romain. Le problème de fond est en réalité celui du statut de la séduction face au consentement. Il n'a jamais été abordé de front depuis le XVI^e siècle, même si, indirectement, à la Révolution, la fin du rapt d'ancien régime règle provisoirement le problème. La séduction réapparaîtra plus tard pour les mineurs, elle est aussi, indirectement, au cœur du débat actuel sur les sectes.

L'admission de la parole de la femme est aussi souvent invoquée comme marquant l'évolution du droit pénal contemporain. Les auteurs citent généralement deux paliers. Le premier serait la Révolution, où la parole commence à se faire entendre, le second se trouverait dans les années 1980 à partir desquelles la situation serait à peu près satisfaisante. Nous ne pouvons que souscrire à ce schéma en introduisant cependant une réserve. Cette dernière tient au manque de recul historique d'une littérature souvent militante qui ne remplace pas l'appréhension de la parole de la femme dans la problématique pénale générale des diverses époques. Le droit pénal d'ancien régime accorde une importance négligeable à la parole des victimes car il est un droit externe, se fondant sur des faits visibles ou audibles de l'extérieur, ce qui est d'ailleurs conforme à la tradition romaine. L'analyse de l'intimité est plutôt considérée comme étant du ressort de l'Église car proche du for interne. L'exigence de cris, de traces de coup manifestant la résistance de la femme violée, ne résulte pas seulement d'une méfiance, mais est la simple application des rudes principes de l'ancien droit. Une tentative de meurtre sur un homme serait traitée de la même façon. Pour la période suivante, la résistance qui perdure tient sans doute à ce non-dit que nous avons déjà décrit, qui touche au respect de la sphère privée par le droit et par le juge. Les luttes féministes ont pu aboutir dans les années 80 à élargir le champ réel du viol car la protection de la sphère privée des investigations pénales avaient précédemment volé en éclats. La manifestation du consentement, ou de son absence, peut être recherchée dans le cadre de la vie privée.

L'évolution de la définition du viol illustre ce cheminement historique. Le viol sera de fait cantonné aux relations péno-vaginales imposées par la contrainte, excluant notamment la sodomie homosexuelle ou hétérosexuelle. Il s'agit, en fait d'une reprise de l'ancien droit par la jurisprudence du XIX^e siècle. En

¹⁸ Sur ce sujet Cf Georges Vigarello, *Histoire du viol XVIe-XXe siècle*, Paris, Seuil, 1998.

1832 l'"attentat à la pudeur" avec violence fera son apparition, il permet de sanctionner les violences sexuelles n'ayant pas abouti à un viol. L'importance de la nécessité du consentement croît, le droit pénal ne protège plus seulement des relations sexuelles non consenties mais de toute activité voisine. La pudeur interdisant toujours l'explicitation de ces conduites, le principe de la légalité criminelle s'en trouve mis à mal. La polémique sur le viol dans la période suivant les codifications jusqu'aux lois des années 1980 ne tient pas à l'incrimination mais plutôt à l'incertitude portant sur la répression effective. Il est faux de prétendre, comme on l'écrit dans une certaine littérature, qu'avant 1980 le viol était devenu une infraction purement théorique, jamais poursuivie dans les faits, l'infraction étant au pire requalifiée, illégalement, en attentat à la pudeur, ce qui permettait le prononcé d'une peine modeste. Il est par contre vrai que les femmes violées ont souvent rencontré peu de compréhension de la part des autorités judiciaires et policières. Il est vrai aussi que dans une société masculine et bourgeoise le viol d'une femme modeste par un homme qui ne l'était pas a souvent été disqualifié ou nié par les parquets, la situation inverse appelant par contre une répression sévère. En fait les notions d'ancien régime de viol « extérieur » réprimé en opposition au « viol intérieur » semblent continuer pendant longtemps à marquer les décisions judiciaires. Remarquons que l'absence de motivation des décisions d'assises rend impossible une analyse de fond du raisonnement des jurés, puis des jurés et la cour depuis 1941. Ajoutons cependant qu'une partie de l'évolution de la répression en matière de viol peut être due au lent passage dans les deux derniers siècles d'une conception ancienne à une conception moderne de notre infraction. La répression du viol peut avoir deux fondements : Le premier est d'origine romaine et est repris dans l'ancien régime : il s'agit de venger l'honneur d'un père ou d'un mari. Le second, plus contemporain consiste à sanctionner l'atteinte dont est victime la femme. Il faut aussi considérer, quand les poursuites pour viol atteignent la Cour d'assises, que les incertitudes de la répression sont largement tributaires de la composition des jurys¹⁹. Le filtrage des listes de jurés jusqu'à la fin du XX^e siècle aboutit à la constitution de jurys socialement peu propices à la réception de la détresse féminine, les femmes en sont évidemment exclues jusqu'à l'après seconde guerre mondiale. Le principe français, hérité de la Révolution, de liberté absolue de la preuve pénale, en accusation comme en défense, a pu aussi jouer : Il est par exemple impossible en droit français, contrairement à ce qui se pratique dans les droits anglo-saxons, d'interdire d'alléguer en défense que l'"inconduite de la femme" rend l'accusation de viol invraisemblable.

Traditionnellement la loi du 23 décembre 1980 est considérée comme une étape majeure dans l'histoire du viol²⁰. Pour la première fois le défaut de consentement est explicité (violence, contrainte, menace ou surprise). Cette énumération qui n'a rien de révolutionnaire, la violence morale était admise depuis le XIX^e siècle²¹, a été considérée par la jurisprudence comme un feu vert à l'analyse la plus poussée des vices du consentement. En fait on assiste à une prise en compte du consentement pur, qui tranche avec la théorie précédemment exposée du viol extérieur.

Malheureusement le résultat de cette activité n'est pas pour le moment d'une limpidité remarquable. Comme nous l'avons souligné les cours d'assises ne motivant pas les décisions la chambre criminelle ne se prononce pratiquement que sur les décisions de renvoi, ce qui donne une vue parcellaire de l'affaire, la décision finale étant le plus souvent ignoré de la doctrine et de toute façon réfractaire à toute analyse. Dans ces conditions « la jurisprudence » a tendance à dresser une liste de signes qui ne saurait être regardé comme impliquant un consentement aux relations sexuelles. La doctrine s'est, par exemple, généralement réjoui que la passivité de la victime ne soit pas considéré comme signe d'acceptation, l'absence de réaction étant souvent une preuve d'inhibition²². Or à partir du moment où l'on va, à juste titre sans doute, si loin, il faudrait préciser clairement ce qu'est un signe d'acceptation. Mais une telle définition jurisprudentiel est impossible puisqu'elle découlerait nécessairement de l'analyse de décisions d'acquiescement non motivées. Il faut d'ailleurs reconnaître que ce signe ne pourrait être que le consentement exprès donné de manière non ambiguë à chaque

¹⁹ Voir par exemple Renée Martinage et Jean-Pierre Royer, *Les destinées du jury criminel*, Paris, 1990.

²⁰ Définition reprise dans le code de 1994. Voir Danièle Mayer, D. 1981. *Chronique* 283.

²¹ Par exemple Crim. 25 Juin 1857, *Sirey* 1857.1.711.

²² Voir par exemple Michel Véron, *Droit pénal spécial*, 6^e édition, Paris, 1998, p. 49.

étape du rapport sexuel, « procédure » jugée lourde, antiromantique et trop « américaine ». Il faudra bien évidemment un jour sortir un jour de cette contradiction. On ne peut à la fois désirer l'immixtion protectrice du juge dans l'intimité et y défendre un romantisme échevelé.

Le second problème induit par cette irruption au sommet du consensualisme a été une dérive heureusement ralentie par la chambre criminelle, qui consistait à voir un viol partout où le consentement était sujet à caution même si les autres éléments constitutifs de l'infraction n'étaient pas réunis²³. Ces erreurs flagrantes de Cour d'appel nous montrent en tous cas l'émergence historique du consentement qui obnubile certains magistrats au point de leur faire oublier les principes du droit pénal.

Le troisième problème est certainement le plus grave. L'enfer étant pavé de bonnes intentions, à propos de la fameuse question du viol entre époux la chambre criminelle a considéré « que la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire »²⁴. Or de deux choses l'une : Ou le mariage entraîne une conception irréfragable de consentement ou il n'entraîne rien en la matière. À vouloir introduire par le mariage une présomption simple la Cour laisse entendre que cette présomption fait défaut en matière de relations hors mariage, ce qui supprime tout simplement la présomption d'innocence. Il paraît évident que la juridiction suprême n'a pas voulu introduire une théorie qui fut celle de certaines féministes dans les années 1980 - « La parole de la femme doit primer celle du violeur »- il n'en reste pas moins qu'une pareille rédaction témoigne de l'indigence actuelle de la réflexion sur le consentement qui a pourtant été placé au centre de toute la construction répressive.

B- L'État limitant le consentement

La Révolution veut mettre fin au rôle moral du droit pénal tentant de séparer radicalement le droit d'une part, qui concernerait plutôt l'aspect public de la vie, de la morale qui concernerait ce que nous avons appelé la « sphère privée ». Toute novatrice qu'elle soit cette opposition n'est pas sans se modeler sur la distinction théologique entre le for interne et le for externe. La nouveauté est sans doute que l'interdit pénal est maintenant censé concerner uniquement ce qui peut nuire à autrui et que le respect de la morale, ardemment désiré par la plupart des révolutionnaires, n'est plus de la responsabilité du droit.

En réalité, cette vision libérale, qui bouleverse le droit de la prostitution²⁵ ne dépassera pas le XIX^e siècle. La Révolution, suivie par le droit napoléonien, ne reprend pas l'incrimination de prostitution et de proxénétisme. L'inefficacité de la répression précédente, le respect de la sphère privée, mais aussi l'interprétation stricte des principes de la Déclaration des droits de 1789, l'explique. La répression de l'activité prostitutionnelle ne peut en effet se justifier que par des préoccupations morales, ou des préoccupations de dignité de la personne complètement inconnues avant la fin du XX^e siècle (la dimension sanitaire fera sa réapparition à la fin du XIX^e siècle). Le proxénète qui vit du travail d'une femme qui librement se prostitue ne porte pas atteinte à autrui. La logique "libérale" de la Déclaration des droits conduit à ne pas réprimer ce comportement, réservant la condamnation de cette activité à la morale.

Si le code de 1810 ignore toujours la prostitution et le proxénétisme, le délit d'excitation de mineurs à la débauche permet la poursuite des souteneurs de prostituées mineures, Un "détournement" de l'infraction de vagabondage permet quelquefois d'obtenir une condamnation dans les autres cas. Il nous paraît certain qu'en ce XIX^e siècle, qui connaît le triomphe du consensualisme, l'aspect

²³ Voir par exemple Cass. Crim. 21 octobre 1998, *D* 1999.75.

²⁴ Crim. 11 Juin 1992, *D*. 1993.117, note M-L Rassat, *Rev. Sc. Crim.* 1993.107, obs. Levasseur.

²⁵ En la matière l'ancien régime a connu un droit sévère à l'application encore plus incertaine. La dernière vague de répression amorcée en 1560 puis continuée par Louis XIV se fonde à la fois sur la morale et la police sanitaire. Elle allie de véritables peines à une possibilité d'enfermement sanitaire généralement opéré dans un établissement religieux. Aucune sanction n'a jamais frappé le client qui risquait toutefois la mort syphilitique. Ce régime théoriquement sévère n'empêche pas la prostitution, souvent de très jeunes filles, de prospérer à la fin de l'Ancien régime

contractuel de la prostitution volontaire a été déterminant. Il va de soit que la doctrine n'était pas prête a aborder le problème des contrats prostituée -client et prostituée proxénète, mais tout se passe, pendant un certain temps comme si cette construction était validé.

Les préoccupations touchant à la dignité de la femme sont complètement étrangères à la réapparition de ce délit à la fin du XIX^e siècle²⁶. Le besoin de moralisation républicaine en ces débuts de troisième république est certes à retenir., mais la raison déterminante est très clairement la lutte contre le banditisme. La délinquance urbaine des classes dangereuses issues de l'exode rural de l'ère industrielle devient un problème préoccupant. Le proxénétisme généralement associé à d'autres activités illégales (vol à main armée) permettra de mettre fin à la carrière de malfaiteurs peu attaquables sur d'autres terrains en raison de l'absence de preuves décisives. Le proxénétisme sera en effet considéré— à tort dans sa définition première, à raison dans sa définition élargie - comme une infraction facilement prouvable. La prostitution elle, jamais interdite, sera systématiquement rendue de plus en plus difficile. Dans un premier temps pour les mêmes raisons que le proxénétisme mais aussi pour des motifs de police sanitaire l'activité prostitutionnelle, sera encadrée de manière complètement a-légale par la "police des mœurs"²⁷. La répugnance du législateur et des magistrats à traiter ces questions "indignes" d'eux est sans doute responsable de cette pratique complètement contraire au principe de la légalité. Il est vrai qu'avant la fin du XX^e siècle les Droits de l'homme constituaient plutôt un corps de droits symboliques et non opérationnels. Toujours est-il que la police des mœurs aboutit quelquefois à prononcer des enfermements en l'absence de tout jugement ce qui rappelle les pratiques d'ancien régime. Pour être juste il faut souligné que les préoccupations hygiénistes, le plus souvent invoquée à l'appui de ces pratiques, sont sérieuses et légitimes. La police n'a fait que gérer de manière contestable un problème qui eût dû être traité par le législateur.

L'idée de défense de la dignité de la femme prend progressivement le relais dans la réglementation de la prostitution. Le passage de d'une conception à l'autre se situe historiquement en 1946 où la logique abolitionniste apparaît, avec notamment la fermeture des « maisons » et la fin du contrôle sanitaire « policier ». Le développement contemporain du traitement social de la prostitution fait disparaître l'idée de libre consentement à la prostitution²⁸ : la prostituée est considérée comme une victime, malade sociale, qu'il convient de traiter. La terminologie employée de « vente de son corps » interdit évidemment, et c'est le but poursuivi, toute idée de consentement valable. Pourtant la prostituée ne vend pas plus son corps que le travailleur intellectuel son cerveau, alors que dans certains cas extra-européens le donneur d'organes, obligé économiquement, le fait bel et bien. L'idée même qu'une prostituée puisse être vraiment consentante, est généralement niée, la contrainte économique viciant automatiquement le contrat prostitutionnel. Il nous faut remarquer que l'application d'une telle théorie au droit du travail ferait voler en éclat la plupart des contrats portant sur des professions très pénibles ou très inintéressantes. L'idée qu'il est inenvisageable qu'une femme puisse en pleine connaissance de cause adopter un comportement indigne en échange de somme susceptible d'être importante repose d'abord sur un postulat d'un optimisme extraordinaire sur la nature humaine, ensuite elle induit que l'idée de se prostituer est automatiquement contraire à la dignité. Or cette dernière opinion ne peut être que morale, et il semblait entendu que le droit n'imposait pas de morale depuis la Révolution. Les civilisations antiques qui d'une manière ou d'une autre, au besoin avec le

²⁶ Le proxénétisme fait sa réapparition dans le corpus pénal en 1885 par le biais du "vagabondage spécial", puis de manière autonome en 1903. Cette infraction prendra une dimension considérable puisqu'un certain nombre de conduites seront "assimilées" au proxénétisme dans des lois successives. Tout naturellement après l'abandon du système réglemmentariste pour le système abolitionniste, l'infraction de proxénétisme hôtelier sera créée en 1946. Le législateur devra faire marche arrière, dans le nouveau code pénal, à propos de la vie avec une prostituée, cette incrimination étant peu conforme au droit à une vie familiale.

²⁷ Sur la police des mœurs Cf Jean-Marc Berlière, *La police des mœurs sous la III^e République*, Paris, 1992.

²⁸ Sans vouloir généraliser et hors des cas qui concernent les prostituées étrangères importées comme du bétail ou les toxicomanes complètement contraintes, la décision de se prostituer est certainement beaucoup plus libre de nos jours que sous l'ancien régime où la prostitution était la seule option autre que la mort pour certaines femmes, notamment les filles enceintes chassées de la maison familiale. Au XIX^e siècle, dans certains cas, la prostitution semble être un choix de vie pour les femmes déracinées du monde rural et peu désireuses de devenir ouvrière.

secours de la religion donnaient une place officielle à la prostitution avaient une certaine sagesse . Face aux lois récentes limitant la prostitution²⁹ la question iconoclaste de l'existence d'un droit à se prostituer mériterait d'être posé.

La malheureuse première intervention de la CEDH dans le monde du sado masochisme³⁰ illustre jusqu'à la caricature la même tendance qui consiste à nier le consentement au nom d'une dignité dont seul le législateur ou le juge possède les clés. La conception de l'ancien régime d'un droit, bras armé de la morale n'est pas complètement dépassée.

Le problème de la sexualité des mineurs introduit le second élément de ce néoclassicisme judiciaire. Après la dignité le concept de protection poussé à l'extrême, et instrumentalisé par un certain nombre d'associations, va anéantir le consentement dans un souci de protection. Le discours en la matière est aussi à prétention purement consensualiste ,– le jeune âge vicie tout consentement à la relation sexuelle - même si la réalité historique de l'évolution du droit positif est plus ambiguë : Le code pénal de 1810 n'ayant pas abordé le problème, hors du cas de détournement, ces comportements n'étaient pas pénalisés. À partir de 1832 les relations sexuelles sans violences avec une enfant de moins de 11 ans sont prohibées. Après bien des incertitudes sur l'âge, dit de "majorité sexuelle" la limite sera fixée à 15 ans (âge du mariage pour les femmes à l'époque). Cette limite sera conservée par le nouveau code pénal et une loi de 1998 aggravera considérablement l'infraction. Jusqu'à la fin du XXe siècle la situation est assez claire, le consentement à la relation sexuelle d'un mineur de 15 ans est vicié (mais pas inexistant) par une présomption irréfragable d'immatunité. Le vocabulaire est celui d'attentat à la pudeur commis sans violence, puis d'atteinte sexuelle sans violence, sur mineur de moins de 15 ans, ce qui est en fait une manière compliqué de viser la séduction, l'utilisation de ce terme faisant sans doute trop référence à l'ancien droit. Car c'est bien de séduction³¹ qu'il s'agit puisque, et c'est un peu la contradiction de la construction, le consentement du mineur de 15 ans tout en étant vicié est quand même suffisant pour faire passer son partenaire de l'état de criminel (viol) à l'état de délinquant. L'introduction de l'exigence de majorité (civile) de l'auteur de l'infraction, dans le code de 1994, aboutit à une incohérence sérieuse s'agissant d'une infraction puni de cinq ans d'emprisonnement. Les relations sexuelles entre un homme de 17 ans et une jeune fille de 13 ans sont parfaitement autorisées, les mêmes relations entre un homme de 18 ans et une jeune fille de 14 ans sont frappées du sceau de l'infamie pédophile. Le message du législateur est faiblement lisible d'autant plus que l'abus du terme non juridique de "pédophilie", qui devrait être réservé à la sexualité avec les enfants et non avec les adolescents (dans ce cas le terme exact éphébophilie), brouille tout. Littéralement le nouveau code dit que le consentement du mineur de moins de quinze ans est vicié sauf s'il s'agit d'avoir des relations sexuelles avec un partenaire de moins de 18 ans. La seule explication généralement donnée est que la moindre différence d'âge rend le consentement véritable plus vraisemblable alors que la séduction vicieuse est supposée dans les autres cas. Outre que la loi est rédigée de telle manière que la différence d'âge n'est pas toujours déterminante, - il s'agit sans doute d'une erreur de rédaction – la casuistique de la séduction licite de mineurs de 15 ans que le législateur opposerait à la séduction illicite mériterait des explications. En fait il nous apparaît que le législateur, au prix d'une rédaction très maladroite n'a pas voulu condamner la sexualité entre jeune adolescent tout en vouant à l'enfer les relations sexuelles d'adulte avec un jeune adolescent. Cette idée de sexualité par classe d'âge n'est pas si nouvelle, le Lévitique semble l'évoquer³², elle s'articule mal avec l'idée d'intégrité du consentement que le législateur veut, en l'espèce, à tout prix, mettre en avant, pour ne pas être soupçonné d'imposer un manuel des conduites sexuelles correctes aux français. À mélanger savamment la sexualité des adolescents et la sexualité des enfants le législateur opère en tout cas une mise à l'abri efficace de sa production : Tout critique se verra traiter de pédophile ce qui mettra fin à bien des vocations

²⁹ Pénalisation du client de la prostituée mineure de plus de 15 ans, extension de l'infraction de racolage, réflexion sur la pénalisation de tous clients de prostituées, loi de 2016 pénalisant tous les clients.

³⁰ Voir la contribution d'Olivier Cayla.

³¹ Cf. R. Vouin, « Permis de séduire et Code pénal français », *Mélanges Constant*, Liège 1971.

³² Lévitique 18,17. D'une manière générale sur la perception de la sexualité infantile sous l'ancien régime Cf. Philippe Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'ancien régime*, Paris, 1973. Aussi Jean-Louis Flandrin, *Le sexe et l'occident*, Paris, 1981, p.151.

contestataires. Ce qui n'empêche nullement les spécialistes de la mode, voulant vanter les charmes de très jeunes filles, de parler de vraies « petites Lolita »³³. Les chemins de l'enfer sont certes pavés de bonnes intentions, ils sont aussi singulièrement sinueux et croisent quelquefois ceux du paradis.

La libre sexualité entre adultes consentants, bien que devenue la norme sociale affichée, n'apparaît pas comme très clairement définie par l'État. Dans un sens, le droit s'est retiré de la vie privée laissant par exemple la gestion des conséquences de l'infidélité, la sodomie, ou l'inceste à ceux, amis, psychologues, famille, gourou, ministre du culte qui veulent bien s'en occuper. Mais l'État dans une certaine mesure a retenu quelque chose de la leçon de Freud : la sexualité est une force trop vitale, trop absolue, trop proche aussi de l'instinct de mort pour être complètement abandonnée aux petits arrangements entre amis. Fort heureusement de nouvelles notions comme la dignité et la protection des faibles, - que l'on ne saurait contester à moins de basculer du côté obscur - permettent de perpétuer une surveillance millénaire. Et si la liberté sexuelle était un mirage ?

Jean-François Chassaing

³³ Il faudrait d'ailleurs réévaluer, le roman magistral de Vladimir Nabokov dont on a fait rapidement un livre de kiosque de gare (qui serait d'ailleurs probablement interdit dans ce début de siècle). Il faudrait y replacer la culpabilité obsédante quasi biblique qui accompagne le narrateur dans son périple. Remarquons aussi qu'Humbert et Dolorès finissent l'un et l'autre très mal.