



HAL
open science

Le consentement, un concept nocif?

Johanna Lenne-Cornuez

► **To cite this version:**

Johanna Lenne-Cornuez. Le consentement, un concept nocif?: À propos de: Catharine A. MacKinnon, Le viol redéfini. Vers l'égalité, contre le consentement, Flammarion. La vie des idées, 2024. hal-04384806

HAL Id: hal-04384806

<https://hal.science/hal-04384806>

Submitted on 10 Jan 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le consentement, un concept nocif ?

par Johanna Lenne-Cornuez

Le consentement n'est pas un concept pertinent pour juger des violences sexuelles, explique C. MacKinnon, qui propose de comprendre le viol comme une relation d'inégalité et de domination. Mais cette définition pose d'autres problèmes juridiques.

À propos de : Catharine A. MacKinnon, *Le viol redéfini. Vers l'égalité, contre le consentement*, Paris, Flammarion, Climats, 2023, 224 p., 23 €.

Le consentement est un concept nocif dont le droit pénal en matière de violences sexuelles devrait se débarrasser. Telle est la thèse surprenante et puissante que la juriste féministe états-unienne Catharine MacKinnon défend dans ce livre. Cette idée a de quoi surprendre dans un contexte où le mouvement #MeToo a replacé la notion de consentement au centre des débats sur la frontière entre le licite et l'illicite, entre les relations sexuelles et les agressions. Ce congé donné au consentement remet puissamment en question ce qui pourrait passer pour une évidence morale et un lieu commun de la pensée féministe. L'originalité du livre, dont le cœur de la thèse est déjà connu en anglais¹, est de prendre position dans le débat français et européen. Là où la Commission européenne a proposé en 2022, dans une directive visant à lutter contre

¹ Voir Catharine MacKinnon, « Rape Redefined », *Harvard Law and Policy Review*, n°10, 2016. Le présent ouvrage semble avoir été écrit directement en français puisqu'il n'y est pas fait mention d'une traduction. On regrettera qu'un travail éditorial plus minutieux n'ait pas permis d'écarter certains anglicismes et divers problèmes syntaxiques gênant parfois la compréhension.

la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, de définir le viol comme « un acte de pénétration sexuelle accompli sans consentement, avec une partie du corps ou un objet » ; là où des voix européennes s'élèvent pour demander une « définition unifiée du viol fondée sur l'absence de consentement donné librement² » ; là où la perspective d'une intégration de la notion de consentement dans la loi française est présentée comme un progrès social et juridique³ ; là où la juriste et chercheuse française Catherine Le Magueresse s'inspire de l'approche canadienne pour défendre la notion de consentement positif et volontaire⁴ ; MacKinnon affirme, à contre-courant, que la focalisation sociale et juridique sur le consentement dans les affaires d'agressions sexuelles et de viol nuit gravement aux victimes. Loin qu'il faille espérer une réforme du droit français pour y faire mention du consentement, la législation française serait plus « prometteuse » que les autres pour la raison même qu'elle ne fait *pas mention* de « l'absence de consentement » dans sa définition du viol (p. 51). Loin que l'intégration de cette notion (même sous la forme du consentement « affirmatif ») soit une avancée, elle constituerait pour la France une véritable régression.

Aussi le livre de MacKinnon sonne-t-il comme une mise en garde et un appel à résister contre la vague de modifications législatives qui semblent pousser dans le sens d'une définition du viol comme acte sexuel non consenti. *A contrario* MacKinnon propose de redéfinir le viol en y intégrant la notion d'inégalité. Le viol n'est pas tant du « sexe non désiré » que du « sexe inégal ». En le définissant comme un « crime d'inégalité de genre » (p. 29), MacKinnon nous enjoint de regarder du côté de ceux qui sont en position dominante et sont susceptibles d'abuser de leur pouvoir, plutôt que du côté de « ce que [fait] ou ne [fait] pas sa victime alléguée avec son corps ou dans sa tête » (p. 25).

² Helena Dalli (première commissaire européenne à l'égalité), « La définition du viol de l'Union européenne doit intégrer l'absence de consentement », Tribune du 25/11/23, *Huffingpost.fr*, consulté le 8/12/23.

³ Voir Audrey Darsonville et François Lavallière (juristes), « La loi doit inscrire le consentement au cœur de l'infraction de viol », *Le Monde* du 23/11/23.

⁴ Catherine Le Magueresse, *Les pièges du consentement. Pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Paris, Éditions iXe, 2021. Le Magueresse, que MacKinnon critique dans le présent ouvrage, critiquait elle-même la position de MacKinnon dans son propre livre (*ibid.*, p. 110-113).

Le consentement en procès

Au modèle fondé sur le consentement, compris comme un « modèle de résignation, d'obéissance ou de soumission » (p. 11), le livre oppose un modèle fondé sur la reconnaissance de l'inégalité comprise comme une coercition que subissent les personnes en position de « vulnérabilité aux abus » (p. 24). Résultat de rapports historiquement inégaux, le viol, affectant massivement les femmes, est un « crime de genre » (p. 45). Même quand la victime est un garçon ou un homme, la cause principale du viol est la « domination fondée sur le genre » en ce sens que le violeur abuse d'un pouvoir associé au genre masculin (construit socialement). Or l'inefficacité flagrante et déplorable des lois visant à protéger les victimes ou à leur rendre justice est aux yeux de MacKinnon le résultat « d'une définition du viol fondée sur le consentement » (p. 51). Celle-ci, en focalisant les débats et les procédures sur la recherche de preuves de non-consentement de la plaignante, aurait une responsabilité majeure dans l'absence massive de condamnation des crimes et délits sexuels. On objectera que la France, pourtant érigée par l'autrice en contre-modèle, n'obtient pas de meilleurs résultats que l'Angleterre ou le Canada. Mais là encore, le consentement serait en cause, selon MacKinnon. Si la législation française s'approche du modèle fondé sur la coercition que l'autrice défend, en définissant le viol par l'usage de quatre types de « forces » (la violence, la menace, la contrainte ou la surprise), la jurisprudence française fait en revanche un usage délétère de la notion de consentement en se focalisant sur la recherche des preuves de son absence chez la victime.

Comme bon nombre d'autrices⁵, MacKinnon insiste sur les ambivalences historiques et structurelles de la notion. Que l'on parle de « pièges⁶ », d'« ambiguïtés⁷ », de « leurres⁸ », l'appel à la vigilance est toujours le même : le consentement n'a pas le pouvoir magique de changer une situation abusive en un choix libre et autonome. Bien au contraire, la notion est dangereuse lorsqu'elle sert d'excuse à des actes abominables. Mais tandis qu'un courant important du féminisme défend une réappropriation de la notion, le propos de MacKinnon se veut plus radical : le consentement est un « concept intrinsèquement inégalitaire » (p. 70) et aucun qualificatif accolé (libre, éclairé, affirmatif, volontaire...) ne pourrait rien changer à *l'asymétrie fondamentale* des positions au sein desquelles il se produit. Tandis que de

⁵ Voir notamment Geneviève Fraisse, *Du consentement*, Paris, Seuil, 2007.

⁶ Catherine Le Magueresse, *op. cit.*

⁷ Manon Garcia, *La conversation des sexes. Philosophie du consentement*, Paris, Flammarion, 2021.

⁸ Muriel Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, Paris, Puf, 2018, chapitre 2.

nombreuses autrices, conscientes de cette origine inégalitaire du consentement, cherchent à l'en dissocier en affirmant que *céder n'est pas consentir*⁹, MacKinnon rétorque que *consentir c'est nécessairement céder*. Le consentement n'advient que dans un contexte où A profite de sa position pour imposer sa volonté et B n'a pas vraiment d'autre choix que de s'y résigner. Mais la logique perverse du consentement ne s'arrête pas là. Alors que le consentement advient dans des conditions structurelles d'inégalité et dans un contexte hiérarchique, la focalisation sur celui-ci a pour effet de dénier son caractère relationnel et « la construction sociale de la relation entre les parties » (p. 69), pour ne porter son attention que sur l'état d'esprit, les paroles et les gestes de B, comme si B était indépendant de A, de son pouvoir et de sa manière d'en user. Le consentement n'est rien d'autre, selon MacKinnon, que l'adaptation multiforme des femmes à l'inégalité – celles-ci se résignant fréquemment à des rapports sexuels non désirés, parce que la résistance est impossible, inutile, voire dangereuse. Ainsi, le consentement est « un outil juridiquement inadéquat pour parvenir à l'égalité des sexes dans un contexte inégalitaire, malgré les tentatives créatrices pour le réhabiliter » (p. 76).

Redéfinir le viol au prisme des inégalités

Aux yeux de MacKinnon, le sexe prostitutionnel est un viol. La rémunération, censée prouver l'accord des parties, ne fait que révéler que le consentement est un instrument de dénégation des rapports de pouvoir et de disculpation des croyances masculines en une réciprocité et un choix illusoire. Le client tire profit de sa position dominante, et le sexe, pour être consenti par la personne prostituée, n'en est pas pour autant désiré, choisi ou voulu. Or, de façon révélatrice de la duperie dénoncée par MacKinnon, le sexe prostitutionnel est érigé en modèle du sexe consensuel. Symétriquement, l'autrice critique la manière dont la liberté sexuelle sadomasochiste sert d'alibi aux violences au motif qu'elles sont consenties. Plutôt que de protéger les victimes, la loi « sécurise le SM » (p. 114) alors qu'il est le « paradigme sexuel » d'une société qui sexualise le pouvoir des dominants : « il y a au cœur de la misogynie l'idée que les femmes sont nées masochistes et désirent naturellement être forcées à avoir des rapports sexuels » (p. 108). Comme l'a également dénoncé la juriste Muriel Fabre-Magnan, les actes de tortures devraient être jugés inhumains, quel que soit par ailleurs

⁹ Voir Nicole-Claude Mathieu, « Quand céder n'est pas consentir », *L'anatomie politique I, Côté femmes*, 1991 (rééd. Paris, Éditions iXe, 2013) ; Clothilde Leguil, *Céder n'est pas consentir*, Paris, Puf, 2021.

le prétendu consentement ou non-consentement de la victime¹⁰, et le « sexe brutal » ne saurait déresponsabiliser d'un homicide. Il est alors absurde selon MacKinnon d'introduire le consentement dans la loi pour ensuite avoir besoin de le disqualifier dans de nombreux contextes par des « corollaires néfastes mais endémiques » (p. 112). L'exigence d'un consentement explicite n'y changerait rien, car les femmes sont très souvent contraintes d'acquiescer à leur propre domination.

A contrario des tentatives indécidables et contre-productives pour déterminer le degré de consentement de la victime en disséquant ses paroles (le plus souvent non entendues par l'accusé et réinterprétées de son point de vue dans les procès), MacKinnon défend un élargissement de la focale en situant les actes dans leur contexte social inégalitaire, et la mise hors-jeu du consentement. La réforme récente de la législation française visant à protéger les mineurs est ici louée : ceux-ci ne doivent pas seulement être présumés non-consentants à un rapport sexuel avec un adulte ; le consentement doit purement et simplement être considéré comme « hors sujet ». Mais Mackinnon voudrait aller plus loin en reconnaissant la différence d'âge et de statut comme une forme de contrainte morale qui rend possible la coercition sexuelle. Le second modèle existant auquel elle fait référence est celui de la loi sur le harcèlement sexuel aux USA, à laquelle elle a activement contribué, et qui refuse de reconnaître le consentement comme une défense acceptable pour justifier d'avances sexuelles inopportunes (*unwelcomed*) dans un contexte salarial notamment. De façon générale, le consentement est une « norme pathétique » incompatible avec l'égalité (p. 152).

Le viol avec menaces et violences physiques n'est que l'extrême pointe d'un continuum de formes variables de coercitions, d'abord morales. Nulle mention du consentement n'est ici nécessaire ni utile. Selon la juriste, la loi française devrait ainsi reformuler la définition du viol : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature que ce soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur [...] *commis avec violence, contrainte ou menace en exploitant ou en profitant de(s) (l')inégalité(s), est un viol. Les inégalités utilisées peuvent provenir de la liste adaptée, mais ne sont pas limitées à cette liste* » (p. 200). De l'article 222-23 du code pénal français, MacKinnon conserve trois formes de coercition sur quatre (en y retirant la surprise), et y ajoute la mention des inégalités. Leur liste énumérerait les conditions de vulnérabilité particulière, à partir de l'article 222-24 qui mentionne notamment la vulnérabilité dû à « son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse », ainsi que la « dépendance résultant de la

¹⁰ Muriel Fabre-Magnan, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Recueil Dalloz*, 12/2005, Numéro 43 (CEDH, 1re sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique.

précarité de sa situation économique ou sociale » (Loi n°2021-478 du 21 avril 2021 – art. 8 – alinéas 3° et 3° bis), en y ajoutant les motifs d'inégalité « souvent exploités en contexte sexuel » (p. 202).

Une idéalisation de la loi française

La critique courante qui est adressée à la thèse de MacKinnon est celle d'une généralisation potentielle du viol à toutes les relations sexuelles : puisque les sociétés sont structurées par des inégalités de genre et que le droit doit reconnaître ce « contexte inégalitaire », rien ne pourrait plus distinguer le sexe de l'agression, à défaut du consentement. La femme, par définition placée dans une position soumise, pourrait se retrouver victimisée sans que sa volonté et sa parole ne soient prises en compte. Mais, à y regarder de plus près, tel n'est pas vraiment le risque que l'on peut craindre de la position de MacKinnon. Elle-même s'en défend : « À celle et ceux qui s'inquièteraient de la portée potentiellement excessive des présentes propositions, leur but n'est pas de définir un plus grand nombre d'actes sexuels comme des viols, mais de redéfinir ce crime fondamental en termes de forces effectives qui lui permettent de s'accomplir » (p. 211). À l'inverse, il est souvent craint que l'introduction dans la loi de l'exigence d'un consentement *affirmatif* pour distinguer une relation sexuelle d'un viol puisse conduire à une requalification excessive, dans la mesure où l'expression du désir peut prendre de nombreuses voies, rarement formulées de façon explicites. À ce titre, contrairement à ce que l'on pourrait croire, la solution canadienne peut apparaître plus exigeante que celle de MacKinnon.

Si la solution canadienne n'est pas exempte de difficultés, la solution de MacKinnon ne semble pas prendre en charge les problèmes que la première cherche à résoudre. À bien des égards, l'autrice idéalise la législation française et sa distinction d'avec un « modèle britannique » fondé sur la recherche de preuves du non-consentement de la victime, tout en reconnaissant pourtant leur « convergence » dans les faits (p. 50)¹¹. Comme l'a montré Catherine Le Magueresse, en définissant le viol

¹¹ De même que MacKinnon semble surestimer la différence entre une « définition française » du consentement qui serait comprise comme un véritable accord, et une « définition anglaise » qui désignerait une forme d'abandon ou de résignation (p. 67). En réalité, les féministes françaises cherchent elles aussi à défendre un sens du consentement qui le distingue définitivement de l'abandon. Geneviève Fraisse propose même de remplacer le terme par « accord » (voir « Le consentement est un mot archaïque », entretien du 31/10/2017, dans *Féminisme et philosophie*, Folio, 2020, p. 107-112).

par « la violence, la contrainte, la menace ou la surprise », la loi française présume que toute personne est consentante à défaut de preuve de l'usage de l'une de ces quatre formes de forces. Cette *présomption de consentement* a pour effet dévastateur pour la victime de concentrer les débats sur la réalité effective de sa résistance, seule susceptible de prouver que l'acte était contraint. Aussi peut-on légitimement douter que « la construction anglaise » serve de « cheval de Troie dans le contexte français » (p. 68) car, loin que les deux modèles soient diamétralement opposés, la même logique, que Le Magueresse comme MacKinnon dénoncent toutes deux avec raison, y est déjà à l'œuvre.

En outre, il n'est pas certain que la reformulation du droit pénal français proposée par MacKinnon soit salvatrice. On peut d'abord s'étonner de l'effacement de la mention de « la surprise » au motif que celle-ci « peut être agréable dans les bonnes circonstances » (p. 188). La notion de surprise a pour but de protéger une victime qui serait agressée alors qu'aucune relation n'a été amorcée ou bien que celle-ci est trompeuse, de sorte que rien ne saurait raisonnablement supposer que la personne consente (elle est par exemple en train de dormir ou elle est droguée) – les agressions commises par surprise ayant pour effet courant de plonger la victime dans un état de sidération qui la rend incapable de réagir. La surprise ne devrait pas porter sur la psychologie de la victime (son étonnement ou son indécision), mais sur le stratagème élaboré par l'auteur des faits pour fausser ou déjouer le consentement.

De plus, la solution de MacKinnon ne résout pas la présomption de consentement qui mine les juridictions françaises comme anglaises. Dans le code pénal français, si le mot « consentement » n'apparaît pas, la notion est implicitement déduite de la loi¹². Il appartient alors à la victime, par un retournement injuste, de prouver qu'elle a suffisamment manifesté son refus, alors même qu'elle peut se trouver dans un état de dissociation ou de mutisme traumatique. La mention de la violence, menace, ou contrainte, sans explicitation dans la loi du fait que le silence ou l'inertie ne peut pas raisonnablement être tenu pour une preuve de consentement, a pour effet d'exclure de la catégorie de viol tout sexe au cours duquel la résistance de la victime n'est pas jugée suffisamment manifeste.

¹² La série documentaire « Justice ! » réalisée par Mario Guégan (3. « Ouvrir ou classer ») diffusée sur France 2 en donne un bon exemple, la substitute du procureur justifiant le classement sans suite par « le défaut de preuve d'un *consentement vicié* par la contrainte, la menace, la violence ou la surprise ».

La mention des inégalités : une difficulté redoublée

Cherchant toutes deux une modification du droit pour une prise en charge plus opérante des plaintes qui supprime toute présomption de consentement, MacKinnon et Le Magueresse n'ont cependant peut-être pas en vue le même type de cas. La solution canadienne cherche à apporter une réponse aux viols commis au sein d'une « zone grise » dont les hommes se prévalent souvent pour prétendre que le sexe était consenti (lors de « *date rape* » ou de violences conjugales notamment) ou au sein d'une situation qui n'était pas *a priori* asymétrique (entre étudiant.e.s du même âge par exemple) au cours de laquelle l'accusé n'a pas pris de « mesures raisonnables » pour s'assurer du consentement effectif de l'autre personne. La solution de MacKinnon cherche de son côté à désamorcer un usage inique et misogyne de la notion de consentement comme instrument de déresponsabilisation des traitements inhumains (dans le cadre du sexe prostitutionnel ou du « sexe brutal » notamment) ou comme instrument de dénégation des abus dans le cadre de situations radicalement asymétriques – son paradigme étant le « viol génocidaire » (p. 189).

Mais en écartant totalement la notion de consentement plutôt que d'en définir les contextes où celui-ci est hors-sujet, on risque d'exclure tous les cas où le sexe forcé n'est ni violent ni l'exploitation flagrante d'une situation asymétrique (au-delà d'un contexte général d'inégalité des sexes que MacKinnon elle-même considère comme insuffisant en soi pour prouver le viol). L'ajout proposé par l'autrice d'une « utilisation directe » (p. 199) d'une position inégalitaire pourrait bien accroître la difficulté à laquelle le droit est déjà confronté. Car il devrait alors être prouvé que la *violence, contrainte ou menace* a été commise *en exploitant ou en profitant d'une ou plusieurs inégalités*. Si l'inégalité de genre est une « forme *potentielle* de force » (p. 165, je souligne), pour être en mesure de prouver l'« exploitation de l'avantage » (p. 200), il faudrait alors ou bien prouver la violence, contrainte ou menace – on risque de retomber dans le problème énoncé par Le Magueresse – ou bien prouver que l'inégalité de genre est à l'intersection d'une autre forme d'inégalité – ce qui semble être le cas des contextes asymétriques envisagés par MacKinnon¹⁵.

¹⁵ Voir la liste par exemple p. 180 : « genre, statut réfugié, immigré, sans papiers, ou non-citoyen, itinérance, relations employeur-employé, policier et civil, gardien de prison et prisonnier ou autre relation carcérale, avocat et client, médecin, y compris thérapeute et patient, prêtre et fidèle ou guide spirituel et chercheur spirituel, professeur et élève, célébrité et fan ».

Il n'en demeure pas moins que l'ouvrage de MacKinnon, percutant et stimulant, a l'immense mérite d'alerter sur le fait que l'introduction pure et simple de la notion de consentement dans la définition du viol n'est pas une solution magique qui résoudrait soudain tous les enjeux juridiques face aux violences sexuelles. La force du propos de MacKinnon réside dans la critique de l'approche décontextualisée du droit, centrée sur la psychologie des individus, faisant fi des dynamiques relationnelles et des places occupées par chacun.e dans l'espace social.

Publié dans lavedesidees.fr, le janvier 2024