



HAL
open science

Le consentement : une histoire conceptuelle ambivalente

Johanna Lenne-Cornuez

► **To cite this version:**

Johanna Lenne-Cornuez. Le consentement : une histoire conceptuelle ambivalente. Colloque Anatomie des incriminations sexuelles, Joana Falxa, Oct 2024, Pau (France), France. hal-04754728

HAL Id: hal-04754728

<https://hal.science/hal-04754728v1>

Submitted on 26 Oct 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 : une histoire conceptuelle ambivalente

Johanna Lenne-Cornuez

Exposé (20 min)

Colloque ANATOMIE DES INCRIMINATIONS SEXUELLES

Pau, le 24 octobre 2024, Dir. Joana Falxa, CRJ2P-IFTJ, UPPA

La notion de consentement est devenue le maître-mot pour départager le rapport sexuel de l'abus, le sexe de l'agression. La défense du consentement érigé en norme n'est cependant pas dénuée d'ambivalences ni de faux-semblants. Nombre de féministes dénoncent les « pièges¹ », les « ambiguïtés² », les « leurres³ » du consentement. Comment comprendre que le terme puisse être à la fois érigé en norme principale et centrale de la sexualité et susciter de la méfiance, voire le soupçon que cette notion, loin de fournir un instrument clair qui aurait le pouvoir magique de définir la frontière entre le sexe permis et l'agression, soit en réalité une partie du problème.

Je retracerai deux grands types de difficultés : des difficultés liées à la manière dont le concept s'est historiquement individualisé, subjectivé, qui sont bien sûr des difficultés liées à la tradition contractualiste à laquelle la notion est attachée dans la philosophie moderne ; et des difficultés liées à la notion de consentement sexuelle, à sa spécificité, qui peuvent être masquées ou brouillées par le fait que la notion est aussi utilisée dans bien d'autres champs d'application (droit des contrats, consentement médical, consentement à l'impôt, à l'utilisation de cookies sur internet etc.)

I. Ambivalences historiques du concept : de la soumission de l'être à un ordre transcendant à l'individu désinséré de tout ordre = décontextualisé

1. Consentement ou assentiment ?

Pour le rappeler très rapidement et à gros traits, le consentement a d'abord été conçu, dans la philosophie antique, notamment stoïcienne, comme l'assentiment à un ordre qui dépasse l'être humain, qu'il n'a pas le pouvoir de changer, et vis-à-vis duquel il n'a qu'une liberté d'acceptation. L'être est inséré dans un ordre, assigné à une place au sein d'un cosmos qui le précède et l'excède, et auquel il s'agit d'assentir, plutôt que de résister inutilement. Il reste quelque chose de cette idée dans le passage du jusnaturalisme ancien au jusnaturalisme moderne (le consentement de l'individu

¹ Catherine Le Magueresse, *Les pièges du consentement. Pour une redéfinition pénale du consentement sexuel*, Éditions iXe, 2021.

² Manon García, *La conversation des sexes. Philosophie du consentement*, Flammarion, 2021.

³ Muriel Fabre-Magnan, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, chapitre 2.

n'est valable que s'il est autorisé par le droit naturel) mais le processus d'individualisation de la notion va rentrer en tension avec cette origine.

2. Consentement et justification du contrat : le consentement justifie-t-il le contrat ?

Dans la philosophie moderne, l'émergence de la notion de consentement et son importance grandissante peut être décrite comme un mouvement de libération de l'individu qui passe de **sujet-soumis à des autorités et sous tutelles à sujet autonome-maître de ses choix**. Ce mouvement de libération par le consentement est d'abord à l'œuvre dans le champ de la philosophie politique. Contre les théoriciens qui prétendent justifier une autorité politique absolue et patriarcale, certains penseurs, au premier titre desquels **John Locke**, placent le consentement au cœur du contrat social. **Un renversement s'opère** : le pouvoir politique n'est pas légitime en vertu d'une ascendance ou d'une histoire patriarcale, mais n'est légitime que s'il est consenti par les individus qui passent par un contrat, puis par le consentement à la représentation, le vote et la confiance dans le gouvernement.

De façon plus tardive mais analogue, le consentement est le maître-mot de la libération sexuelle et de la reconnaissance de l'autonomie sexuelle, contre le paternalisme ou le moralisme qui fixe pour l'individu la manière dont il doit mener son existence. En ce sens, l'exigence de consentement peut être vue comme l'aboutissement d'un mouvement de libération du sujet à l'égard d'autorités religieuses et étatiques oppressives. Le sujet à qui il revient de consentir ou de ne pas consentir détient un pouvoir de choisir qui ne peut pas être transféré ou soumis. Chacun se réapproprie son corps et sa volonté.

Mais une difficulté est présente dès cette origine disons contractualiste et libérale de la notion. Chez Locke, le consentement désigne à la fois **un acte individuel** qui fait entrer l'individu en société par un pacte et dans un rapport d'obéissance à un gouvernement auquel il accorde sa confiance (en ce sens, c'est l'individu qui a le pouvoir de légitimer le contrat selon sa volonté), et en même temps le consentement ne dépend pas d'une volonté sui generis de l'individu mais **de lois qui lui sont extérieures et supérieures** et qui valident ou invalident le contrat politique.

La tension est la suivante : dans la tradition contractualiste, la société est le fruit des volontés individuelles qui décident de s'unir. Selon le libéralisme, **le consentement devient la garantie de la liberté de l'individu** à qui revient le pouvoir de décider des relations qu'il noue. Le rapport d'obligation n'est exigible que si les individus ont préalablement consenti au contrat. Mais dans le même temps, **le consentement n'a le pouvoir de valider le contrat qu'à certaines conditions** qui ne dépendent pas de la volonté de l'individu (pour Locke à la condition qu'il soit conforme au

droit naturel et in fine aux commandements divins). Or ces conditions sont protectrices d'une justification abusive d'une relation inique au seul motif que l'individu y aurait consenti.

Pour résumer l'ambiguïté : **le consentement permet-il de justifier n'importe quel accord ?** Certains juristes du 17^{ème} vont mettre en avant la notion de consentement pour justifier l'institution de rapports inégalitaires et iniques comme l'esclavage. Chez un auteur comme **Pufendorf**, le contrat d'esclavage est réputé valide parce que l'individu consent à se soumettre à un maître en échange de sa subsistance. Le consentement pourrait ici paradoxalement devenir libéricide : **il justifie l'aliénation de l'individu**, au prétexte qu'il y aurait consenti et qu'il y aurait un échange où les deux individus seraient gagnants (servitude contre nourriture).

Contre cette vision du consentement, **Locke, et à sa suite Rousseau**, s'insurgent : la liberté est inaliénable. Ce qui signifie qu'aucun contrat d'esclavage ne peut être valide, quand bien même l'individu y aurait consenti. Ce consentement est nul et non avenue, l'individu ne peut pas vouloir se déposséder de sa liberté, qui fait partie intrinsèque de son humanité. Et s'il consent à se soumettre, ce n'est pas parce qu'il le veut, mais parce qu'il n'a pas d'autres choix pour survivre. Ainsi, dans ce cas, le consentement n'est pas l'expression de sa libre volonté mais une soumission, une résignation, un rapport subi et non choisi.

Il faut donc distinguer le **consentement-expression d'une volonté libre** d'un **consentement-capitulation dans un contexte où on est forcé de céder**.

3. Le consentement : une notion asymétrique et genrée ?

Mais le paradoxe est redoublé : alors même que Rousseau invalide tout contrat de soumission, les choses changent s'agissant des rapports hommes/femmes. Rousseau fournit la modélisation d'un consentement où la femme est assignée à une place passive, parce qu'elle serait naturellement pudique, et doit résister avant de céder à l'homme dont la position est naturellement active et entreprenante. Ce que Rousseau refuse dans le domaine politique, le consentement-capitulation, il le légitime dans le domaine des relations sexuelles. Le contrat politique repose sur un contrat sexuel, comme l'a montré Carole Pateman : l'individu consentant est illusoirement un individu non-genré et autonome.

Pourtant, Rousseau définit bien le viol par le non-consentement de la femme. Pour que le sexe soit autorisé, il faut que les sentiments soient partagés, et que la femme le veuille : « *Ce n'est pas encore assez d'être aimé ; il faut de plus le consentement de la volonté*⁴. » De même, Rousseau prodigue à son élève fictif une *leçon de sexualité consentie* : non seulement le mariage doit être d'amour, mais l'époux

⁴ Jean-Jacques Rousseau, *Lettre à d'Alembert, Œuvres complètes*, vol. V, Pléiade, p. 78 (note *).

n'acquiert pas un droit sur le corps de l'épouse, il faut que le consentement soit mutuel à chaque rapport. Il pourrait donc y avoir un viol conjugal.

Néanmoins, toute l'ambiguïté de cette thèse est révélée par la manière dont le consentement peut être obtenu, et par ce qui vaut, du point de vue masculin, pour un consentement féminin. Rousseau dénonce certes la brutalité illégitime d'un sexe non-consenti, mais justifie en même temps la contrainte morale par laquelle le consentement peut être obtenu : « *Vouloir contenter insolemment ses désirs sans l'aveu de celle qui les fait naître, est l'audace d'un satyre ; celle d'un homme est de savoir les témoigner sans déplaire, de les rendre intéressants, de faire en sorte qu'on les partage, d'asservir les sentiments avant d'attaquer la personne*⁵. » La sexualité est conçue sur le mode de l'attaque et de la défense : la femme, par une pudeur supposée naturelle, résiste aux assauts masculins avant de se rendre. Le corps féminin est considéré comme naturellement faible, à la fois fuyant et conçu *pour céder aux attaques masculines*. La nature « les rend craintives afin qu'elles fuient, et faibles afin qu'elles cèdent » (*Lettre à d'Alembert, op. cit, p. 78*).

En outre, l'homme ne doit pas se fier à ce que dit la femme, car celle-ci dit toujours *non* par pudeur, alors même que son désir est illimité. L'homme est alors autorisé à se faire l'interprète des signes corporels censés lui témoigner l'accord que la parole refuse : « *Arracher ce consentement tacite, c'est user de toute la violence permise en amour. Le lire dans les yeux, le voir dans les manières, malgré le refus de la bouche, c'est l'art de celui qui sait aimer*⁶ ». Ainsi, même si la « bouche dit non », l'homme est autorisé à déceler le consentement ailleurs, là où cela l'arrange. Un renversement s'opère à nouveau : le consentement ne dépend plus du pouvoir de choisir de l'individu qui consent, mais est l'objet d'une interprétation arbitraire de la part de celui qui veut imposer sa volonté et devient paradoxalement le vecteur d'une réduction au silence de la femme et de sa soumission. Le consentement féminin est présumé par l'homme qui en cherche des signes de confirmation interprétables à souhait.

Face à une telle conception inégalitaire où consentir c'est céder, et où la position de consentante est assignée à la femme face à l'homme qui importune et manipule, le pouvoir de légitimation du consentement apparaît douteux. Affirmer que tout sexe non consenti est un viol, c'est penser le consentement comme l'expression d'une volonté libre. Mais, si le consentement est en réalité une capitulation face à l'attaque, alors même le sexe consenti pourrait être un viol, comme l'affirme de façon célèbre Catharine MacKinnon.

II. Ambivalences du concept de consentement sexuel : entre théorie idéale et non-idéale, entre éthique et juridique

⁵ *Lettre à d'Alembert, op. cit, p. 78* (note *).

⁶ *Lettre à d'Alembert, op. cit, p. 78* (note *). Cf. *Émile ou de l'éducation, op. cit., p. 734* : « la bouche dit non, et doit le dire ».

Quand on invoque le consentement sexuel, on invoque à la fois, on vient de le voir, l'idée d'une **rencontre libérale des volontés** qui est problématique parce qu'elle postule des individus autonome et indépendants, et l'idée d'une **autorisation donnée à autrui** de pratiquer des gestes et des actes qui sans cette autorisation serait interdits, mais qui est là encore très ambivalente, dans la mesure où l'individu qui « consent à » est, dans un contexte général d'inégalité de genre, une femme qui « cède à » ou qui « se résigne à ».

À ces deux difficultés, s'ajoute la suivante : la notion de consentement renvoie à champs d'application variés. Cette pluralité peut tendre à accentuer les difficultés de la notion dans le champ sexuel.

1. Le consentement sexuel est-il « intérieur » ?

Une première difficulté tient au fait que le consentement est à la fois conçu comme un sentiment, un état intérieur de celui qui veut la relation sexuelle et comme ce qui permet de l'extérieur de savoir quelle est la volonté d'autrui. D'un côté, le consentement est pensé comme une sorte d'état mental, d'état psychologique, à aller chercher « dans la tête » de la personne, en lui demandant ce qu'elle ressent, ce qu'elle pense. Je qualifierai cette notion de **consentement de subjectiviste ou de mentaliste**. Consentir c'est être dans certaines dispositions mentales, que l'on peut extérioriser ou non, garder à l'intérieur de soi ou divulguer à autrui. D'un autre côté, le consentement est relationnel : il exprime à autrui la volonté d'entrer dans une certaine modalité de relation. Il n'y a donc consentement que s'il est non seulement exprimé mais reçu par celui à qui il s'adresse. Consentir c'est toujours consentir à quelque chose et avec quelqu'un. **C'est le modèle communicationnel du consentement.**

Or d'un point de vue éthique cela pose la question de savoir ce qui vaut pour consentement d'autrui, à quel signe je peux me fier. Notamment est-ce qu'il faut une expression locutoire ? une conversation même, comme le préconise Manon Garcia ? une éthique de l'attention portée aux sentiments et aux désirs d'autrui, une érotisation de cette attention ? Mais **cette érotisation de la notion rentre en tension avec sa judiciarisation** : l'investigation judiciaire ne doit pas déterminer ce qui était ressenti, désiré, mais si la dynamique des faits révèle un rapport forcé. Le (non)consentement n'est pas à chercher dans « la tête » des personnes (leurs croyances, leurs sentiments, leurs désirs) dont on ne peut apporter rétrospectivement aucune preuve et qui tendrait à mentaliser ou psychologiser le crime de viol, mais c'est **le résultat d'une déduction raisonnable** à partir de la reconstitution de la dynamique des faits qui permet ou non de juger que le rapport sexuel était volontaire ou subi.

Ce brouillage de la notion est sans doute lié à la confusion entre **relation sexuelle consentie** et **relation désirée**. Si désirée signifie voulue, alors effectivement une relation sexuelle consentie est celle dans laquelle chacun participe volontairement. C'est la participation volontaire qui vaut pour preuve du consentement. Mais la volonté n'est pas forcément le désir, moins encore l'excitation physique. Dans une théorie idéale de la sexualité, chacun des partenaires est désirant, enthousiaste, jouisseur. Mais dans une théorie non-idéale, il est concevable de consentir à une relation sexuelle (avec un conjoint par exemple) alors même qu'on n'en éprouve pas d'envie ou de désir physique, sans que ce soit pour autant condamnable moralement, moins encore juridiquement. Ce peut être une manière de prendre soin de lui, de lui montrer son amour. On peut trouver qu'éthiquement parlant, le fait de « **se forcer** » soit problématique, notamment dans la mesure où c'est bien plus la femme qui se force que l'homme, alors qu'elle n'a « pas envie ce soir » (Jean-Claude Kaufmann). Mais une relation où l'on « se force », quoique moralement problématique, est une relation consentie, distincte d'un **rapport « forcé »**, d'un sexe imposé. La détermination de la frontière entre « se forcer » et « être forcé » n'est pas dans la tête de la plaignante mais dans les actes et la pression exercée par le mise-en-cause.

Le danger juridique de la conception subjectiviste du consentement est celui d'une focalisation sur les pensées de la victime présumée plutôt que sur les actes de l'accusé. Elle fait fond sur une suspicion historiquement ancrée de **mensonge féminin** (où la femme est présumée avoir eu envie de ce qu'elle regrette ensuite et dont elle se venge), elle fait reposer un crime sur une **vérité insondable** (les désirs de chacun sont complexes, ambivalents, indéterminables...) – qu'est-ce qu'un crime qui dépendrait de ce qui se passe dans la tête ? Elle tend alors à **minimiser la gravité** du viol en le psychologisant. Elle ouvre la voie à une conception du viol comme **malentendu**, dont se saisissent les mis-en-cause, car au **consentement comme état mental supposé de la plaignante** répond en miroir la **croissance au consentement lui aussi comme état mental supposé de l'accusé**. Or ce qui compte ce ne sont pas les états mentaux de l'accusé, ses croyances subjectives, mais ce qu'il *aurait dû* croire, la croyance raisonnable qu'il pouvait ou non avoir. Dans l'affaire des viols de Mazan, même si un accusé clame sa croyance sincère à un jeu sexuel consenti entre mari et femme (l'aveuglement peut par hypothèse être tel qu'il croyait vraiment au consentement de Muriel Pénicaud), mais ce qui est objectable est le **caractère déraisonnable** de cette croyance pour toute personne qui examine la dynamique des faits.

2. Le consentement sexuel est-il formalisable ?

Une deuxième difficulté est que lorsqu'on invoque le consentement, on semble se référer à un **fait** que l'on pourrait découvrir, pointer, observer, et qui permettrait de dire soudain avec certitude

« ah oui c'était donc consenti » ou « ah non cela ne l'était donc pas ». Sans doute est-ce l'histoire contractualiste qui accentue cette illusion : on cherche une sorte **d'acte qui scelle le pacte**. Mais le consentement sexuel ne se réfère à aucun acte, fait ou contrat que l'on pourrait exhiber. Il n'y a pas de scénario exigible, et c'est heureux, qui permettrait de dire à l'avance, de prédéfinir ce qui vaut pour consentement et ce qui l'exclut.

Le slogan féministe « seul un oui est un oui » a la vertu pédagogique fondamentale de renverser la vision du **consentement par défaut** « tant que c'est pas non c'est oui » (et même parfois pour certains « même quand c'est non c'est oui »). La vision masculiniste du consentement par défaut doit absolument être contrée. Mais l'illusion pourrait être qu'un mot « oui » vaut pour un consentement sans autre condition (comme le « oui » de l'esclave dans le contrat d'esclavage mentionné plus haut). Parfois même un oui est un non. En tous cas, le oui n'a pas le pouvoir magique à lui seul d'assurer que la relation est consentie au sens d'une participation volontaire, d'une volonté libre et non dupée ou faussée. Même quand il y a contrat, comme dans les contrats sadomasochistes, il peut y avoir **forçage** à la signature de ce contrat (et très majoritairement ce sont les femmes sur lesquelles on fait pression pour qu'elles adoptent la position de soumise). **La théorie contractualiste idéale pense le consensuel comme la libre rencontre des volontés**. Mais ces volontés émanent de sujets qui occupent des places le plus souvent inégales, et sont pris dans des contextes asymétriques. Le profit tiré de cette asymétrie peut favoriser l'extorsion d'un oui.

En outre, la difficulté du consentement sexuel est qu'il peut **être retiré à tout moment**. Même quand on a d'abord dit oui, on doit pouvoir dire non juste après. Il n'y a pas de signature de contrat qui vaille obligation morale ou juridique de poursuivre. Les relations sexuelles se sont au contraire progressivement **émancipées de toute forme d'obligation au sexe** : on ne doit du sexe à personne, pas même à son mari, il n'y a donc pas de droit au sexe, il n'y a plus de devoir conjugal ; et rien ne doit contraindre au sexe : on peut légitimement être abstinent, ne pas vouloir d'enfant etc.

Or dans les théories classiques du consentement, il y a toujours un contexte qui force à trouver un accord. Si on prend l'exemple du consentement à la chirurgie, dans l'absolu je « préférerais ne pas » me faire opérer, mais je consens parce que je suis malade et que j'y vois une nécessité. C'est ce que je serais tentée d'appeler **le consentement-Bartleby !** Le consentement advient à partir d'une situation contraignante : le patient affirmant souvent « je préférerais ne pas mais je n'ai pas vraiment le choix ». Au contraire, le consentement sexuel est **moins inaugural, prospectif**, que **rétrospectif** : c'est une qualification rétrospective pour désigner une relation dénuée de toute forme de contrainte dont on pourrait imputer la responsabilité à un ou plusieurs individus déterminés.

Pour conclure, la notion de consentement sexuelle est prise dans une tension entre une conception idéale égalitaire et une conception critique des structures sociales inégalitaires et rapports asymétriques, entre une vision subjectiviste et une conception relationnelle, entre un effort de réappropriation érotique et un usage rétrospectif judiciaire, qui peuvent être difficile à concilier. Cependant, si l'usage judiciaire dépend d'une évaluation rétrospective de ce qui peut être raisonnablement conçu comme consenti ou non, à partir d'une reconstitution contradictoire de faits mis en contexte, la « raisonabilité » de ce qui peut avoir été cru consenti dépend d'un cadre culturel que les féministes travaillent non seulement à redimensionner mais à réinventer.