

Provided for non-commercial research and education use.
Not for reproduction, distribution or commercial use.




This article appeared in a journal published by Elsevier. The attached copy is furnished to the author for internal non-commercial research and education use, including for instruction at the authors institution and sharing with colleagues.

Other uses, including reproduction and distribution, or selling or licensing copies, or posting to personal, institutional or third party websites are prohibited.

In most cases authors are permitted to post their version of the article (e.g. in Word or Tex form) to their personal website or institutional repository. Authors requiring further information regarding Elsevier's archiving and manuscript policies are encouraged to visit:

<http://www.elsevier.com/copyright>



Disponible en ligne sur
 ScienceDirect
 www.sciencedirect.com

Elsevier Masson France

 www.em-consulte.com



ARTICLE ORIGINAL

Viol entre époux en droit français : désir, besoin et consentement[☆]

P. Bensussan^{1,2}

13, rue de la Pourvoirie, 78000 Versailles, France

Disponible sur Internet le 28 mai 2009

MOTS CLÉS

Viol ;
 Désir ;
 Consentement ;
 Couple ;
 Expertise ;
 Mésestante sexuelle

Résumé

Objectif. – L'article propose une lecture critique de ce qui semble aujourd'hui une évidence : seule une relation sexuelle consentie est tolérable, toute forme de sexualité imposée, y compris au sein d'un couple constitué, étant désormais considérée comme un viol.

L'auteur expose cependant la difficulté, pour le juge comme pour l'expert psychiatre, d'évaluer le consentement ou le refus de la plaignante et, plus encore, la perception qu'a pu en avoir (ou pas) celui qui est mis en cause.

Les subtilités du jeu amoureux, la violence potentielle de la sexualité, l'inexpérience des amants, constituent, désormais, des pièges redoutables qui conduisent, en cas de plainte, à des peines extrêmement lourdes, le viol d'une épouse étant, depuis la loi de 2006, considéré comme une circonstance aggravante et donc plus sévèrement puni que celui d'une inconnue.

Méthodologie. – Se fondant sur une expérience de 15 années de psychiatrie légale et l'étude de plus de 200 affaires de viols, l'auteur, psychiatre, expert agréé par la Cour de cassation, diplômé de sexologie clinique, spécialiste de la délinquance sexuelle, mène une réflexion à partir de sa pratique.

Discussion. – Le fait qu'une proportion croissante des affaires de viol – actuellement, 60% environ d'entre elles – concernent des partenaires ou ex-partenaires. Non que la violence ait augmenté au sein du couple : mais qu'il semble que le seuil de perception de la violence se soit considérablement abaissé, amène à s'interroger sur la pertinence des termes et concepts juridiques actuels.

Résultat. – Psychiatre et sexologue, expert agréé par la Cour de cassation, l'auteur, spécialiste de la délinquance sexuelle, entend démontrer que le consentement, dont l'appréciation revient en fait à l'expert psychiatre, n'est pas un critère juridiquement pertinent : ne pouvant être prouvé, il peut facilement être réfuté. Il propose de surcroît, d'enrichir le vocabulaire juridique

DOI de l'article original : [10.1016/j.sexol.2009.04.001](https://doi.org/10.1016/j.sexol.2009.04.001).

[☆] This issue also includes an English abridged version: Bensussan P. Marital rape according to french law: Desire, need and consent.

Adresse e-mail : courriel@paulbensussan.fr.

¹ Psychiatre expert près les tribunaux.

² www.paulbensussan.fr.

pour ne plus amalgamer sous un seul vocable, celui de viol, des situations aussi différentes que l'agression dans la rue par un inconnu et la sexualité imposée par un conjoint égocentrique à une épouse qui n'en veut plus.

© 2009 Publié par Elsevier Masson SAS.

Introduction

La mésentente sexuelle est-elle une cause de divorce ? Si le mariage non consommé, plus fréquent qu'on ne le pense³ reste une cause de divorce et même, pour les catholiques pratiquants, d'annulation du mariage, l'épanouissement sexuel et le droit au plaisir ne sont pas, loin s'en faut, la préoccupation première du législateur. Le droit de dire non, a fortiori lorsqu'il est question de l'intimité et de l'effraction de l'enveloppe corporelle apparaît comme un droit primordial. Est-ce à dire que tout rapport sexuel, dans un couple constitué, a été « réellement » consenti, au plein sens de ce terme ? Le consentement suppose-t-il le désir ? Qu'en est-il du rapport subi, sans désir ni plaisir ? D'un acte sexuel extorqué avec insistance, mais sans violence ? Sortir de l'angélisme et dénoncer l'amalgame victimologique est d'autant plus nécessaire que la loi ne badine plus avec l'amour : violer son épouse est un crime passible d'une lourde peine en France (20 ans), plus longue que celle prévue par les textes pour le viol d'une inconnue (15 ans). Si, comme certaines études le prétendent, le viol conjugal concerne, à l'échelle de la vie, 50 % des femmes à travers le monde, il est aisé de prendre la mesure des enjeux médico-légaux et de se questionner sur ce dont on parle.

La majorité des verdicts rendus par les cours d'assises touchent des personnes accusées de viols. Ainsi, en 2004, sur les 3264 condamnations prononcées, 1744 l'ont été pour des viols⁴. Soit 40 fois plus qu'il y a 15 ans. Comment interpréter cette inflation alarmante ? La fin de la fameuse « loi du silence », une plus grande facilité à dénoncer, à porter plainte, un moindre sentiment de honte de la part des victimes, comme il est classique de le dire ? Sans aucun doute. Mais il faut bien admettre aussi que la notion de viol, tout comme celle de violence⁵, a connu des remaniements si profonds que son acception s'est considérablement élargie.

Les juristes le savent : parmi les pays européens, la France a le renom du pays le plus répressif pour les crimes à caractère sexuel. La conséquence se traduit par l'évolution de la population carcérale : le nombre de détenus pour viols en France est de deux à 118 fois plus élevé que celui des autres pays du Conseil de l'Europe⁶ et les peines encouru-

es sont largement plus lourdes⁷. Un président de cours d'assises de la région parisienne confiait que plus de 60 % des affaires criminelles jugées en Île-de-France concernent des viols et que, dans 80 % des cas, les accusés nient les faits qu'ils leur sont reprochés. Ce n'est pourtant pas l'existence du rapport sexuel qui est contestée : c'est celle du refus. Le mis en cause prétend, dans la plupart de ces situations, avoir obtenu le consentement de la plaignante. Ainsi, quand la « routine » s'installe, la procédure d'audience s'automatise : un dossier « simple » (viol avoué) prend deux jours quand un dossier « compliqué » (viol incestueux, commis en réunion, avec dénégations du violeur présumé ou affirmation du consentement de la plaignante...) nécessite une session d'assises de deux semaines.

Le viol : définition juridique en droit français

Cette inflation soulève un certain nombre de questions, parmi lesquelles les effets de l'évolution de la notion de viol depuis la réforme de 1980.

Autrefois réservé au coït vaginal (une femme ne pouvait violer un homme) « illicite », le terme de viol était essentiellement destiné à sanctionner la sexualité hors mariage. Cette acception du viol a été respectée par la jurisprudence jusqu'en 1980 (Iacub, 2002). Depuis la réforme de 1980, le viol désigne désormais « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise » (Code pénal, article 222-23). La nécessité du consentement en découle de façon implicite : est donc violent ce qui est imposé, ce qui induit une modification significative de la « représentation de la violence ».

En prenant connaissance des affaires jugées, on est très vite frappé par le caractère hétéroclite des affaires et des « violeurs », qui encourent pourtant les mêmes peines, puisque le chef d'inculpation (viol) est identique. Pourtant, sur le banc des violeurs présumés, se côtoient aujourd'hui l'abuseur d'enfants, le « tueur de l'Est parisien⁸ » et l'ex-petit ami ou l'ex-mari « qui n'a rien compris ». Les victimes, autrefois emmurées dans la honte et la suspicion (Vigarello, 1998) incarnent aujourd'hui l'offense sociale et orchestrent le procès pénal, dans un rapport de forces déséquilibré (Bensussan et Barillon, 2004).

Tout est donc une question de mesure ou plutôt de démesure. Démesure liée à l'apparition puis l'essor d'un vaste

³ Il concernerait 2 à 4 % de la population française âgée de 18 à 58 ans... soit un million d'individus.

⁴ Source : *Les condamnations année 2004*, ministère de la Justice, janvier 2006.

⁵ On amalgame désormais dans la plupart des affaires, la réelle mais incernable « violence psychologique » avec la violence physique, plus aisément objectivable en justice et en expertise.

⁶ Alors que la France détient le triste record de 8538 détenus pour viols sur un total de 56 806 détenus, l'Allemagne en compte deux fois moins (4578), l'Italie six fois moins (1282) et le Danemark 118 fois moins (72). Source : Statistique pénale annuelle du Conseil de l'Europe, enquête 2004.

⁷ Partout en Europe, le viol est sanctionné par une peine privative de liberté. Mais, alors que la peine minimale encourue en France est de 15 ans de réclusion (la peine maximale étant la réclusion à perpétuité), elle est, par exemple, d'un an en Allemagne, deux ans en Espagne et cinq ans en Belgique.

⁸ Surnom donné par les médias à Guy Georges, tueur et violeur en série récemment condamné à perpétuité.

courant victimologique qui ne cesse de prendre de l'ampleur et d'influencer l'évolution de la législation. La victime joue désormais dans la société – et dans son procès – un rôle de premier plan. Dans le même temps et courant de pensée, le sens de la notion viol a été insidieusement dévoyé. De la violence physique, on est passé à la violence morale. De l'atteinte corporelle, à l'atteinte psychique. Désormais, l'attention est focalisée sur le traumatisme intime des victimes, réputé constant et irréparable. Mais posant aussi le problème de la subjectivité de l'évaluation psychiatrique des experts.

Le viol dans sa nouvelle définition inclut donc une série d'actes passablement hétéroclites, aux conséquences incomparables. Aucun homme⁹ n'est en mesure d'appréhender le traumatisme infligé à une femme victime d'un viol et ce que représente la pénétration non consentie de l'enveloppe corporelle. Nous ne cautionnons pas pour autant la confusion sémantique actuelle et souhaitons que le débat puisse avoir lieu. Ce d'autant que le crime, nous l'avons vu, concerne désormais potentiellement le couple.

« Je vous unis par les liens du mariage... »

Être marié ne signifie évidemment pas pouvoir disposer du corps de l'autre et ne pas tenir compte de son désir ou de son refus. Le « devoir conjugal » est tombé en désuétude.

Le consentement s'impose donc toujours, même au sein du couple constitué. Pourtant, ce qui semble tomber sous le sens était hier encore loin d'être une évidence. Longtemps, l'idée – le postulat – a prévalu : le mariage impliquait un consentement mutuel et permanent des époux aux relations sexuelles. En imposant des relations sexuelles à une épouse qui n'en voulait pas, qui se disait « peu portée sur la chose », le conjoint était donc présumé de bonne foi. La notion de viol entre époux, inconcevable pour un coït vaginal « classique », n'était alors définie que dans certaines situations : celle où le type de rapports sexuels imposés était d'une autre nature qu'un coït classique, autrement dit qu'un rapport potentiellement procréatif : le mariage ne pouvant justifier ni cautionner une sexualité « hors norme ». Pour parler clair : seules la fellation ou la sodomie « imposées » étaient considérées comme un viol. L'autre situation dans laquelle pouvait survenir un viol conjugal était la séparation ou l'instance de divorce : le devoir de fidélité existait encore, mais il était impensable que les conjoints en instance de séparation demeurent amants. Du moins si seul l'un d'entre eux le souhaitait.

Les tribunaux ont opéré sur ce thème, un net revirement de jurisprudence, prenant en considération l'évolution des mœurs et surtout des esprits. Le mariage ne peut demeurer la couverture légale de pratiques sexuelles imposées ou subies. Il est devenu non seulement insupportable, mais encore illégal – criminel – qu'un mari puisse faire subir à sa femme, par une contrainte physique ou morale (chantage au divorce, chantage affectif, menace « d'aller voir ailleurs »...) des relations sexuelles dont elle ne veut pas (ou plus) avec l'alibi du très peu érotique « devoir conjugal ». Il faut reconnaître qu'en ces termes, la chose ne fait guère

rêver : comment tolérer qu'une femme « se laisse faire » simplement parce qu'elle ignore qu'une loi la protège ? La notion de dégoût, si importante en sexologie, est lisible en filigrane dans l'intention du législateur :

« Car, en définitive, qui le sait ? Bien trop de gens sont persuadés que tout est permis au sein du couple, y compris l'indicible¹⁰. »

Reconnaître le crime

C'est en 1990 que la Cour de cassation a reconnu pour la première fois le crime – terme qui désigne, rappelons-le, toute infraction jugée en cour d'assises – de viol entre époux. La reconnaissance de cette notion n'ayant « d'autre fin que de protéger la liberté de chacun », puisque, comme l'indiquait la Cour de cassation, le crime de viol « n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage¹¹ ». Dans une décision du 11 juin 1992, elle a confirmé cette jurisprudence en affirmant clairement que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels ne vaut que jusqu'à preuve contraire ». Ce point de vue est d'ailleurs celui adopté par la Cour européenne des droits de l'homme¹².

La situation juridique est donc désormais assez claire, du moins en apparence : la personne qui peut prouver la contrainte, l'absence de consentement et le caractère imposé d'une relation sexuelle est bien victime de viol. Fût-il conjugal et régulièrement consommé au cours d'une vie conjugale et sexuelle médiocres : quand on ne supporte plus des relations imposées, aussi aversives que peu gratifiantes, la plainte pénale peut donc apparaître comme la seule issue, souvent contemporaine de la rupture. Oui, mais voilà : la loi a-t-elle les moyens de prouver l'absence de consentement ? Qu'est-ce que « consentir » lorsque l'on n'aime plus, que l'on ne désire plus, que l'on se dispute quotidiennement ? Devrait-on, comme le proposent les féministes les plus radicales, considérer tout rapport sexuel non « désiré » comme un viol ? Comment qualifier l'insistance d'un homme qui parvient à extorquer, plus qu'à obtenir, une relation sexuelle ? Certes, la posture de « passivité » est généralement perçue comme féminine, alors que la « conquête » (quel terme guerrier), ou la posture « active » est davantage réputée masculine. Ne dit-on pas « prendre » une femme ou, pour celle-ci, « se donner » ? Cette division traditionnelle des rôles, il est vrai assez imprégnée d'éthologie, est souvent dénoncée, suspecte de couvrir ou cautionner des violences intolérables. L'impériosité du désir masculin – ou de l'érection – suscite souvent l'illusion que son désir est contagieux, l'homme ayant alors l'impression de pouvoir outrepasser une résistance féminine de pure forme :

« La bouche dit toujours non, et doit le dire ; mais l'accent qu'elle y joint n'est pas toujours le même et cet accent ne sait point mentir » (Rousseau, *in press*).

¹⁰ Propos de M. Roland Courteau tenus au Sénat, lors de la discussion en séance publique du 29 mars 2005.

¹¹ Cass Crim, 5 septembre 1990.

¹² CEDH, 22 novembre 1995, CR et SW, Royaume-Uni.

⁹ À part, peut-être, les victimes de viols homosexuels ?

Cette vision est désuète. Le consentement doit être exprimé sans ambiguïté. Le législateur a pensé bien faire en introduisant comme critère discriminant majeur, pour qualifier le viol, la notion de consentement. Ne dit-on pas volontiers d'une bizarrerie sexuelle et comme pour montrer son ouverture d'esprit : « Ils font ce qu'ils veulent... après tout, ils sont majeurs et consentants... » ?

Le consentement ? Prouvez-le !

Le consentement à la sexualité est-il si facile à apprécier ? Sans le savoir, le législateur est pourtant tombé dans un piège inextricable : comment qualifier un acte sexuel imposé qui procurerait du plaisir ? Comment définir, juridiquement et psychologiquement, un acte sexuel subi sans désir et sans plaisir, sous les sollicitations incessantes de l'autre, celui que l'on ne désire plus et que l'on supporte à peine ? Il est intéressant d'observer que celui ou celle qui va subir de telles relations sexuelles évoquera plus volontiers le « besoin » (de l'autre) que le « désir »...

« Si je refuse de satisfaire à ses besoins, l'atmosphère à la maison est irrespirable... »

On est là, aux confins de ce que le droit pénal a désormais permis de qualifier de crime : le viol conjugal, plus volontiers allégué, cela va sans dire, dans un contexte de crise ou de séparation conflictuelle. En y réfléchissant, combien de couples se sont-ils séparés sans qu'une dégradation de leur sexualité n'ait précédé leur décision ? N'est-il pas fréquent que des rapports extorqués ou subis viennent abîmer, davantage encore, la relation ou ce qu'il en reste ?

Décoder les signaux sexuels... Cette phase vitale au sens propre, des relations humaines suppose un véritable travail de décryptage, tant sont nombreuses les interprétations du néolangage amoureux. Cette place laissée à l'interprétation s'accommode assez mal de la rigueur attendue d'un texte juridique. En réalité, les choses sont infiniment plus subtiles et celle qui est courtisée mène souvent le jeu, illustrant le dicton : « L'homme propose et la femme dispose ». Comment dès lors faire le partage entre impériosité du désir et violence sexuelle ?

La solennité d'une audience et la lecture binaire du droit pénal (auteur/victime) s'accommodent mal de la démarche hésitante et hasardeuse des joutes amoureuses. Elizabeth Badinter décrit le phénomène et envisage les différentes formes d'expression du consentement et du refus :

« Non, c'est non ! »

Il y a le oui qui veut dire oui et le non qui veut dire non : les messages verbaux et non verbaux sont concordants et ne prêtent pas le flanc à des interprétations, laissant trop de part à la subjectivité. L'acceptation comme le refus (de la séduction, de la relation sexuelle) sont exprimés sans ambivalence ni risque de mauvaise interprétation par un individu normal. Le oui est franc et veut dire oui ; le non, tout aussi clair, est aussi éloquent qu'un signal de stop ou qu'un sens interdit.

Mais tout serait alors trop simple et le comportement amoureux ne se prête qu'imparfaitement à une telle dichotomie : consentement/refus. (Badinter, 2003) évoque à ce

sujet une étude qui montre qu'en matière de sexualité, a fortiori aux prémisses d'une relation, l'ambiguïté est possible.

Tout le monde peut se tromper...

C'est ainsi que pour corser la difficulté d'appréciation (de l'impétrant comme du juriste), il y a aussi le non qui veut dire oui : un « non » érotique, voire érogène... « Non, non, pas ça... pas maintenant... » que tout amant, même attentionné, a pu outrepasser plusieurs fois dans sa vie, sans susciter autre chose que du plaisir.

Que penserait d'ailleurs une femme de celui qui serait stoppé net dans son élan par ce type de protestation ? Marcela Iacub et Patrice Maniglier se réfèrent à ce propos dans leur *Antimanuel d'éducation sexuelle*, à des enquêtes réalisées aux États-Unis (Schulhofer, 1998 ; Basile et al., 2007), dont les conclusions sont éloquentes : « près de 40 % des femmes, lorsqu'elles disent non, n'attendent pas du tout de leur partenaire qu'il s'interrompe, au contraire (...) il reste 60 % qui, lorsqu'elles disent non, veulent effectivement dire non littéralement ». Les auteurs ajoutent qu'il ne faut pas oublier « les femmes qui ne disent ni oui ni non et dont il faut aussi interpréter le silence (Iacub et Maniglier, 2005) ... ». Ce « non qui veut dire oui »... On ne peut nier que l'amant digne de ce nom doit faire preuve de tact dans l'interprétation de ces différents signaux, surtout dans le cas d'une relation sexuelle inaugurale, avec une partenaire dont il ignore tout du passé ou des blessures anciennes. Ce dont chaque homme, osons le dire, n'est peut-être pas capable¹³.

Comme l'évoque Claude Habib, spécialiste de Rousseau et professeur de littérature, « Tout homme désirant [confronté à un refus féminin] serait en position de se demander : fuit-elle pour de bon ? (...). Et la femme selon son cœur est celle qui multiplie les signes ambigus et fait passer sans cesse son poursuivant [nous aurions presque envie de dire : son assaillant] des affres de l'angoisse aux transes de l'espoir (Habib, 1998) ». Vrai/faux refus, ludique ou affolé, outrepassé pour le plaisir des amants, sans victime ni coupable.

Mais les féministes s'insurgent à juste titre : tous les violeurs – et les magistrats comme les experts le savent – prétendent : « elle était d'accord »... ou encore : « j'ai pensé qu'elle l'était... d'ailleurs nous étions chez elle... ». Comment dès lors concilier les subtilités et paradoxes du jeu amoureux avec les exigences et les critères légaux ? L'érotisme ne demande-t-il pas davantage de subtilité et d'intuition ? Un désir ou un refus qui ne s'exprimerait que par le oui ou par le non, sans la moindre ambivalence, serait-il un désir ou un acte, un « contrat » ? Même le sociologue Éric Fassin, peu suspect de défendre la cause masculine¹⁴ et sympathisant féministe, admet l'existence d'un refus féminin symbolique, une « résistance pour la forme, afin

¹³ On peut quand même, de temps en temps, faire plaisir aux féministes : il faut le reconnaître, les hommes sont souvent des bœufs...

¹⁴ Lire ses prises de position au sujet du harcèlement sexuel, par exemple dans le Monde du 22 février 2002 : « Actualité du harcèlement sexuel ».

de mieux signifier son assentiment ... » et expose que dans une enquête récente, 40% des femmes texanes interrogées emploient parfois le « non » quand c'est « oui » qu'elles veulent dire (Fassin, 1997). Nous posons plus haut la question, mais force est de le reconnaître : la complexité du désir féminin se prête mal à la simplicité et à la rigueur de la loi pénale...

Plus complexe encore le oui qui veut dire non, que seuls les puceaux et les vierges peuvent ignorer de bonne foi : celle qui cède, subit sans vraiment consentir, sans oser protester, montrant peut-être des signes de malaise ou de passivité anormale qu'un partenaire un peu plus finaud aurait pu percevoir. Celle qui exprime un « oui » tiède, une simple absence de refus, une façon de « céder » sans conviction ni enthousiasme à une cour insistante, à des sollicitations pressantes. C'est à ce « non » là, sorte de refus implicite, que les féministes (Mathieu, 1985) voudraient sensibiliser les magistrats : laxistes ou mal informés, ceux-ci pourraient ne prendre en considération que les cas dans lesquels le refus a été clairement exprimé. Et outre-passé.

Dans ce champ du refus grossièrement maquillé en acceptation, on pourrait reprocher au partenaire masculin son égocentrisme, sa cécité psychique, ou son indifférence au manque de désir de l'autre. En introduisant une différence essentielle, quasi-juridique, entre le fait de « céder » et celui de « consentir », on propose désormais de qualifier de viol une telle circonstance, par une relecture rétroactive du consentement. Le fait que la victime n'ait pas formulé de refus ne change alors rien pour son « agresseur » : il aurait dû ou pu « sentir » qu'elle n'était pas d'accord. Combien de garçons un peu frustrés pourraient être lourdement condamnés pour le même aveuglement ?

À se préoccuper uniquement du ressenti psychologique de la victime, ne risque-t-on pas, dans certains cas, d'être confronté à une vraie victime et à un faux auteur ? Mais un coupable tout de même.

Au premier abord, les choses ne paraissent pas si complexes : à qui viendrait-il à l'esprit de qualifier de viol un rapport sexuel subi sans envie dans le cadre d'une relation par ailleurs paisible ? Le juge, nous dira-t-on, est précisément chargé d'interpréter la loi, d'apprécier au cas par cas l'existence ou non d'une violence. Et il faut bien que la loi pose une limite...

Mais cette limite peut avoir des contours extrêmement flous : que survienne un conflit et l'on voit se rétablir les barrières naturelles, la bulle de sécurité, chargées de maintenir à distance les individus. Combien de couples que l'amour a déserté depuis bien longtemps ont fait cette expérience : on continue à « faire l'amour » (entendez : on « consent » à des relations sexuelles), mais on ne s'embrasse plus. Car les barrières sont là. Palpables. Presque visibles. Et on est, bien souvent et sans s'en douter, proche de l'effraction. À l'heure des déchirements, ces non-dits seront reprochés, plus ou moins violemment exprimés, comme sera remise en cause la réalité du consentement.

Tant qu'il s'agit de dispute amoureuse « privée », ces malentendus ne portent guère à conséquence ; mais dès lors que le judiciaire est sollicité, le champ complexe des jeux amoureux et la violence inhérente à la sexualité humaine seront revisités à la lumière du code pénal : par la confrontation impitoyable de deux subjectivités haineuses.

Loi du 04 avril 2006 : le mariage, circonstance aggravante

L'enjeu pénal est pourtant majeur. Le viol d'une épouse, nous l'avons dit, est désormais plus sévèrement puni que celui d'une inconnue. La loi du 4 avril 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, a donné un statut légal et une force de dissuasion supplémentaire à la répression du viol entre époux. Prenant à contre-pied la pratique des tribunaux pour lesquels le statut de conjoint entraînait implicitement une forme d'indulgence – en termes juridiques, une atténuation de responsabilité – le législateur a qualifié de circonstance aggravante le fait que le viol est commis par le conjoint. Cela va sans dire : la règle vaut pour les concubins et les couples pacés. Par voie de conséquence, il est désormais beaucoup plus grave, au moins sous l'angle de la loi, d'être violé par son conjoint que par un inconnu dans une ruelle obscure (Bensussan et Barillon, 2007). Dans cette dernière situation, le violeur encourt – la peine encourue est la plus lourde qui peut frapper l'accusé, s'il est reconnu coupable – une peine de 15 années de réclusion criminelle. Dans la seconde, c'est une peine de 20 années qui menace le mari brutal ou égocentrique.

Si les deux pratiques sont inacceptables, il faut cependant reconnaître que la nature et la gravité des séquelles psychologiques sont fondamentalement différentes selon les situations. Les rescapées d'un violeur en série ne nous contrediront pas : ce qu'elles ont vécu est d'abord et avant tout une angoisse de mort, assez différente de l'éprouvé d'un rapport sexuel subi sous la contrainte – et le poids – d'un époux que l'on n'aime plus et dont le désir n'inspire plus... que de la répulsion. L'amalgame sous le même vocable (et chef d'inculpation) de deux situations aussi différentes, dont l'une entraîne, en premier lieu, le sentiment de mort imminente et l'autre n'inspire généralement que du dégoût, pose selon nous un sérieux problème sémantique. La langue française serait-elle si pauvre que le seul terme de viol doivent rendre compte de deux situations aussi éloignées ? Le mot « viol » peut-il, à lui seul, rendre compte de l'ensemble des situations dans lesquelles la victime se voit imposer une relation sexuelle ? Nous ne le pensons pas : un nouveau terme reste donc à inventer si l'on ne veut pas majorer encore l'aléa judiciaire.

Cette aggravation de la sanction fut justifiée en ces termes à l'Assemblée nationale par Catherine Vautrin, ministre déléguée à la Cohésion sociale et à la parité : « Tout comme une dispute ne rend pas les violences entre conjoints admissibles, l'existence de relations sexuelles passées et régulières ne rend pas le viol admissible. Dans les deux cas, la qualification doit être aggravée car outre l'atteinte portée à la victime, les viols et les violences constituent une rupture de confiance et de respect mutuel¹⁵ ».

Le danger est partout...

Des enquêtes, telle l'Enquête nationale sur les violences faites aux femmes (INED, 2001), commanditée par le

¹⁵ Sénat, séance de discussion du 13 décembre 2005.

service des Droits des femmes et le secrétariat d'État aux Droits des femmes, révèlent ainsi que « plus de 47 % des viols sont perpétrés par le conjoint ou l'ex-conjoint¹⁶ » : on voit ici les conséquences redoutables de la confusion sémantique dont nous parlions plus haut. Plus encore : selon les études, la prévalence et l'incidence du viol conjugal se situe dans une fourchette de 7 % à 50 % des femmes à travers le monde (Boucher et al., 2009). L'étendue même de cette fourchette montre que l'on ne sait même plus de quoi l'on parle. Certes, qu'il s'agisse d'un rapport subi durant le sommeil ou de celui extorqué par la violence physique, le consentement n'a pas été exprimé. Mais est-on sûr de parler des mêmes auteurs ? De la même violence ? Du même trauma ? De la même infraction ? Les mots perdent littéralement leur sens et ce dévoilement fait dire, sans rire, aux auteurs de cette enquête :

« Pour les femmes, aucun lieu n'est sûr. L'endroit le plus dangereux pour une femme est son foyer ».

Tout psychiatre s'intéressant à la psychiatrie légale ou pratiquant l'expertise judiciaire le sait : la majorité des plaintes pour viol concernent désormais les partenaires ou ex-partenaires, au contraire de la situation antérieure, dans laquelle les seuls viols « dévoilés » étaient ceux commis par un agresseur inconnu. Certains auteurs américains estiment ainsi que le viol entre époux est non seulement la plus courante, mais encore la plus négligée—voire tolérée—des violences sexuelles (Russel, 1990). Normal, diront certains : le fait que la loi reconnaisse enfin ce crime permet de « briser la loi du silence ». Il reste qu'à l'heure de la rupture, le risque de relecture d'une sexualité passée ou d'un rapport extorqué dans un contexte particulier (le dîner d'adieu...) peut pousser, pour de nombreuses raisons, à une judiciarisation dont les motivations, si elles faisaient l'objet d'une réelle introspection, pourraient apparaître complexes. Il n'en demeure pas moins que le problème de la preuve, si difficile à rapporter en matière de viol, est encore plus délicat dans ces situations. Le danger est alors majeur de laisser à l'expert psychiatre un rôle bien trop lourd pour ses épaules (Bensussan, 2007).

Discussion : le consentement est-il un critère pertinent ?

Le décryptage des signaux sexuels n'est pas univoque et les études que nous citons devraient suffire à rayer le disque fétiche des féministes radicales : « Quand une femme dit non, c'est non ». On a tendance à oublier que « pour être reconnu coupable de viol, il faut avoir voulu violer ». C'est-à-dire qu'il doit être établi — en théorie, la charge de la preuve incombe à l'accusation — que le violeur a outrepassé un refus qu'il a clairement perçu (il n'est toutefois pas requis que ce refus ait été clairement exprimé par la victime). C'est un principe cardinal du droit pénal qu'un comportement incriminé ne tombe sous le coup de la loi que s'il est commis « intentionnellement », « sciemment ». L'intention, c'est la conscience et la volonté d'accomplir un

acte illicite. D'un point de vue juridique, le viol n'est donc constitué que dans la mesure où son auteur a eu conscience d'imposer à la « victime » des rapports sexuels qu'elle refusait. C'est ce que rappelle d'ailleurs la Cour de cassation dans un arrêt du 20 juin 2001¹⁷ dans lequel elle énonce sans ambiguïté qu'il est insuffisant, pour condamner le prévenu, de relever que celui-ci ne pouvait pas ne pas se rendre compte que « [la victime] n'était pas tout à fait consentante ». Or, comme le souligne une spécialiste du droit pénal, force est de constater « qu'une partie de la jurisprudence récente manifeste une tendance juridiquement injustifiée à mettre à la charge de la personne poursuivie la preuve de sa bonne foi et se montre en outre très exigeante pour admettre celle-ci¹⁸ ».

Comment expliquer cette dérive inquiétante ? Probablement par le postulat qu'une plaignante est présumée dire vrai : on peut d'ailleurs remarquer, ce qui ne choque personne, pas même les juges, que les précautions oratoires prises pour l'accusé¹⁹ ne sont pas respectées pour les présumées victimes. Qui ne devraient être désignées comme victimes qu'au prononcé du verdict, au moins dans les affaires « parole contre parole ». Et que pourtant l'on désigne comme telles dès le stade de l'enquête ou de l'expertise et ce durant toute la phase de l'instruction. Qui oserait écrire « présumée victime » sans craindre d'irriter davantage encore la plaignante (ou les associations qui se pressent autour d'elles) ? En ces temps pleins de considération pour le droit à la liberté de disposer de son corps, on n'a jamais porté autant d'égards au ressenti des victimes, au point, selon nous, de remettre gravement en cause le principe sacré de la présomption d'innocence. Peut-on être psychologiquement victime sans l'être au sens pénal du terme ? La réponse est évidemment positive. Mais c'est aussi tout l'enjeu du problème.

La dynamique du désir se nourrit du déséquilibre entre l'attitude de méfiance, parfois d'attente, toujours de passivité de celui qui est désiré et les manœuvres d'approche, nécessairement intrusives, et, en tous cas, actives, de celui qui exprime son désir. Avec la prise de risques que cela suppose. Car il n'y a jamais de parade ou de conquête amoureuse — moins encore d'érotisme — qui ne comporte une part de risque. Où qu'on la situe.

La population des sujets condamnés pour viol est hétéroclite : il serait nécessaire, par des études ultérieures, de valider et confirmer cette notion issue de la pratique de l'expertise judiciaire. Le violeur d'une femme inconnue ne présente, à l'évidence, pas les mêmes traits psychopathologiques que le conjoint ou ex-conjoint aveugle ou égocentrique. Dans le second cas de figure, qui nous occupe ici, c'est bien la relation qui est malade, plus que les individus. Ce qui est l'un des plus forts arguments en faveur de l'expertise conjointe, dans laquelle le même expert est chargé d'examiner plaignante et mis en cause. Si notre

¹⁷ Cass Crim, 20 juin 2001.

¹⁸ Michèle-Laure Rassat, juriste Pénal Code, *Agressions sexuelles*, fasc. 20, n° 28.

¹⁹ Que l'on n'appelle jamais « le coupable » ou « l'auteur », mais simplement le « mis en cause », le « mis en examen » ou encore... que l'on désigne par son nom dans les documents de la procédure et jusqu'au prononcé du verdict.

¹⁶ Rapport d'information n° 229 du sénateur Jean-Guy Branger, daté du 9 mars 2005.

postulat est confirmé, il serait alors urgent de s'interroger sur la pertinence du terme de viol pour désigner des infractions aussi différentes.

Distinguer le vrai du faux est évidemment le moins que l'on puisse attendre de la justice. Mission délicate dans le climat passionnel qui entoure les relations amoureuses et les violences sexuelles. Le risque de dérive, partant, d'erreur judiciaire, ne peut être ignoré. Il tient en particulier au fait que la parole d'une plaignante, considérée et désignée comme victime dès le dépôt de plainte et les dénégations de celui qui est mis en cause ne pèsent pas exactement le même poids. Il est impératif que les avocats, les juges ou les experts chargés de tels dossiers se gardent de confondre absence de désir et absence de consentement, comme le revendiquent, avec véhémence parfois, les féministes les plus radicales (Mathieu, 1985). À l'échelle d'une vie conjugale, le nombre de relations subies sans désir ni plaisir, pour réguler les tensions ou éviter la mauvaise humeur, obligerait à n'en pas douter à recruter des juges. Et à construire des prisons.

Références

- Badinter E. *Fausse route*. Éditions Odile Jacob; 2003.
- Basile KC, Chen J, Black MC, Saltzman LE. Prevalence and characteristics of sexual violence victimization among US adults, 2001–2003. *Violence Vict* 2007;22:437–48.
- Bensussan P, Barillon J. *Le désir criminel*. Éditions Odile Jacob; 2004.
- Bensussan P, Barillon J. *Le nouveau code de la sexualité*. Éditions Odile Jacob; 2007.
- Bensussan P. Expertises en affaires familiales: quand l'expert s'assoit dans le fauteuil du juge. *Ann Med Psychol* 2007;165:56–62.
- Boucher S, et al. Viol conjugal et trauma relationnel. *Sexologies* 2009., doi:10.1016/j.sexol.2009.01.005.
- Fassin E. Le date rape aux États-Unis: figures d'une polémique. *Rev Anthropologie*, ISSN 1245–2084.
- Habib Claude. *Le consentement amoureux*. Éditions Hachette Littératures; 1998.
- INED, Population et sociétés n° 364, janvier 2001. L'enquête nationale sur les violences faites aux femmes (ENVEFF).
- Iacub M, Maniglier P. *L'Antimanuel d'éducation sexuelle*. Éditions Bréal; 2005.
- Iacub M. *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*. Flammarion; 2002.
- Mathieu NC. Quand céder n'est pas consentir » in *L'arraisonnement des femmes. Essais en anthropologie des sexes* 1985:169–245.
- Rousseau JJ. Garnier, œuvres complètes, tome IV, Émile, 1. V, p. 734.
- Russel DEH. *Rape in marriage*. Bloomington Indiana University Press; 1990.
- Schulhofer SJ. *Unwanted sex, the culture of intimidation and the failure of the law*. Cambridge: Harvard University Press; 1998. p. 259 sq.
- Vigarello G. *Histoire du viol – XVIe/XXe siècle*. Éditions Seuil; 1998.