

À la une

Viol entre époux : le désir et le besoin

étude par Paul BENSUSSAN

Apparu en 1990 dans le Code pénal, le viol entre époux (ou concubins) est depuis la loi du 4 avril 2006 plus sévèrement puni que celui d'une inconnue. L'article expose la difficulté d'évaluer le consentement ou le refus du ou de la plaignant(e) et propose de ne plus amalgamer sous un seul vocable des situations aussi différentes.



© Hatpoint

Actualité

Grenelle du droit : les juristes passent à l'offensive

focus

Jurisprudence

À quel moment des époux peuvent-ils conclure une convention réglant les conséquences de leur divorce ?

note par Thibault DOUVILLE
et Laurence MAUGER-VIELPEAU
sous Cass. 1^{re} civ., 27 sept. 2017

Chronique de jurisprudence de droit des sûretés

par Christophe ALBIGES et Marie-Pierre
DUMONT-LEFRAND

Technique

Avocat et legaltechs : quelles responsabilités ?

par Stéphane LATASTE

Gazette Spécialisée

DROIT DES BAUX COMMERCIAUX

SOUS LA RESPONSABILITÉ SCIENTIFIQUE DE

• Jehan-Denis BARBIER

Avocat au barreau de Paris, cabinet Barbier-Associés

• Charles-Édouard BRAULT

Avocat au barreau de Paris, cabinet Brault & Associés

• André JACQUIN

Avocat au barreau de Paris, cabinet Jacquin-Maruani Avocats

AVEC LA PARTICIPATION DE

Philippe-Hubert BRAULT, Sabine CHASTAGNIER et Rémy CONSEIL



DROIT PÉNAL

Viol entre époux : le désir et le besoin ³⁰⁷¹⁸

L'essentiel

L'article propose la lecture critique d'une évidence : seule une relation sexuelle consentie est tolérable, le droit de cuissage est révolu et toute forme de sexualité imposée, y compris au sein d'un couple constitué, est un viol. Apparu en 1990 dans le Code pénal, le viol entre époux (ou concubins) est depuis la loi du 4 avril 2006 plus sévèrement puni que celui d'une inconnue : le mariage (ou la vie commune) est une circonstance aggravante. L'article expose la difficulté, pour le juge comme pour l'expert psychiatre, d'évaluer le consentement ou le refus du ou de la plaignant(e) et propose de ne plus amalgamer sous un seul vocable des situations aussi différentes que l'agression sauvage par un inconnu et la sexualité imposée par un conjoint.



Étude par

Paul BENSUSSAN

Psychiatre, expert agréé par la Cour de cassation et par la Cour pénale internationale de La Haye

Viol entre époux : désir, besoin et consentement. À l'heure où, dans le sillage de l'affaire Weinstein, les femmes descendent dans la rue avec les #MeToo et #Balancetonporc, on peut se demander si la guerre des sexes est déclarée. La problématique du viol entre époux illustre la complexité du débat, auquel le projet de loi « contre les violences sexistes et sexuelles » de Marlène Schiappa, secrétaire d'État auprès du Premier ministre, chargée

de l'Égalité entre les femmes et les hommes, donne une actualité particulière.

Le droit de dire non apparaît comme un droit primordial et la loi ne badine plus avec l'amour : violer son épouse est, en France, un crime passible de 20 années d'emprisonnement, une peine plus lourde que celle prévue pour le viol d'une inconnue (15 ans). Si, comme certaines études le prétendent ⁽¹⁾, 30 % des viols subis par les femmes le seraient imposés par leur conjoint ou partenaire, il est aisé de prendre la mesure des enjeux médico-légaux : ces conjoints indéliçables relèvent-ils tous de la cour d'assises ?

Autrefois emmurées dans la honte et la suspicion ⁽²⁾, les victimes orchestrent aujourd'hui un procès pénal garant de leur rédemption, dans un rapport de forces déséquilibré ⁽³⁾. Le courant victimologique prend de l'ampleur et influence l'évolution de la législation [allongement sans fin des délais de prescription et imprescriptibilité réclamée par le féminisme de combat].

Le viol : définition juridique. Autrefois réservée au coït vaginal « illicite » (une femme ne pouvait violer un homme), la notion de viol sanctionnait essentiellement la sexualité hors mariage. Depuis la réforme de 1980 ⁽⁴⁾, le viol désigne

« tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise » (C. Pén., art. 222-23). La nécessité du consentement en découle : est violent ce qui est imposé, avec une évolution significative de la représentation de la violence.

Le peu érotique « devoir conjugal » est enfin tombé en désuétude. Mais il est intéressant, à l'heure de la parité, de s'interroger sur nos représentations de la chose : spontanément, nous pensons toujours à l'acte sexuel imposé par un homme à celle qui n'en veut pas. Ce qui est logique : le violeur est le « pénétrant ». La loi peut pourtant punir celui qui n'est pas en mesure d'assurer à son épouse la sexualité à laquelle elle prétend.

Dans une décision du 3 mai 2011 ⁽⁵⁾, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a ainsi validé une décision octroyant à une épouse la somme de 10 000 € à titre de dommages-intérêts pour absence de relations sexuelles pendant plusieurs années du fait d'un mari défaillant. Les juges du fond estimaient que : « Les attentes de l'épouse étaient légitimes dans la mesure où les rapports sexuels entre époux sont notamment l'expression de l'affection qu'ils se portent mutuellement, tandis qu'ils s'inscrivent dans la continuité des devoirs découlant du mariage » nous soulignons.

A contrario, la 3^e chambre de la cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt du 28 février 1996 ⁽⁶⁾, avait statué que le refus prolongé par une épouse de la sexualité constituait une « violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage, rendant intolérable le maintien de la vie commune » : ce qui avait abouti au prononcé du divorce aux torts exclusifs de l'épouse.

Prenons la mesure de la complexité : psychologiquement, affectivement et même devant une juridiction civile, le droit à la sexualité au sein d'un couple constitué serait une sorte d'évidence. Mais le fait qu'elle soit imposée par l'un ou subie par l'autre peut constituer un crime.

La notion de dégoût, si importante en sexologie, se lit en filigrane dans l'intention du législateur : « Car, en définitive,

(1) Basile K. C. et a., « Prevalence and characteristics of sexual violence victimization among US adults, 2001-2003 », *Violence Vict.* 2007, n° 22, p. 437-448.

(2) Vigarello G., *Histoire du viol XVI-XX^e siècle*, 1998, Paris, Seuil.

(3) Barillon J. et Bensussan P., *Le Désir criminel*, 2004, Paris, Odile Jacob.

(4) Iacub M., *Le crime était presque sexuel. Et autres essais de casuistique juridique*, 2009, Paris, Flammarion.

(5) CA Paris, 6^e ch. B, 3 mai 2011, n° 09/05752.

(6) CA Amiens, 28 févr. 1996 : *Gaz. Pal. Rec.* 1996, jur., p. 445 ; J. n° 216, 3 août 1996, p. 10.

qui le sait ? Bien trop de gens sont persuadés que tout est permis au sein du couple, y compris l'indicible »^[7].

Reconnaître le crime. C'est en 1990 que la Cour de cassation a reconnu pour la première fois le crime de viol entre époux^[8]. Dans une décision du 11 juin 1992^[9], elle confirmait 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'Homme^[10].

La situation juridique est donc claire, du moins en apparence : la personne qui peut prouver la contrainte ou l'absence de consentement à une relation sexuelle est victime de viol. Certes. Mais comment prouver l'absence de consentement ? Peut-on « consentir » lorsque l'on n'aime plus, que l'on ne désire plus, que l'on se déchire quotidiennement ? Devrait-on, comme le souhaitent les féministes les plus radicales, qualifier de viol tout rapport sexuel non désiré (et pas seulement non consenti) ?

“ *Comment qualifier un acte sexuel subi sans désir ni plaisir mais sans refus exprimé ?* ”

Du consentement. Sans le savoir, le législateur est tombé dans un piège inextricable : comment qualifier un acte sexuel subi sans désir ni plaisir mais sans refus exprimé ? Comment qualifier ces conjoints balourds qui, invoquant leur amour pour la femme qui ne les désire plus, ne parlent en réalité que de leur « besoin » (au pire sens de ce terme) ?

Dans *Fausse route*^[11], Élisabeth Badinter 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 laissent aucune 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 est aussi éloquent qu'un signal de stop ou de sens interdit.

Mais le comportement amoureux ne se prête qu'imparfaitement à une telle dichotomie : Élisabeth Badinter évoque une étude qui montre qu'en matière de sexualité, *a fortiori* aux prémices d'une relation, l'ambiguïté est possible.

Tout le monde peut se tromper... Pour corser la difficulté d'appréciation (du mis en cause comme du juriste), il y a aussi « le non qui veut dire oui », un « non » érotique, voire érogène : « Non, non, pas ça... pas ici... pas maintenant... » que tout amant, même attentionné, a pu outrepasser.

Dans leur *Antimanuel d'éducation sexuelle*^[12], Marcela Iacub et Patrice Maniglier se réfèrent à des enquêtes réalisées aux États-Unis (Schulhofer, 1998)^[13] : « 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... ».

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 nouvelle partenaire, dont il ignore tout du passé ou des blessures anciennes. Ce dont chaque homme, osons le dire, n'est peut-être pas capable. Comme l'évoque Claude Habib, professeur de littérature et spécialiste de Rousseau : « 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 des affres de l'angoisse aux trances de l'espoir^[14] ».

Comment, dès lors, concilier les subtilités et paradoxes du jeu amoureux avec les exigences d'objectivité des critères légaux ? 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 contractuel ? Même le sociologue Éric Fassin, sympathisant féministe^[15], admet l'existence d'un refus féminin symbolique, une « résistance pour la forme [*sic*], afin de mieux signifier son assentiment... » et souligne que dans une enquête récente, 40 % des femmes texanes interrogées emploient parfois le « non » quand c'est « oui » qu'elles veulent dire^[16].

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 » de celle qui subit sans vraiment consentir, sans oser protester, montrant peut-être un malaise ou une passivité qu'un partenaire plus finaud ou moins égocentrique aurait pu percevoir. Un « oui » tiède, une façon de céder sans enthousiasme à des sollicitations pressantes. C'est à ce « non »-là, à ce refus muet, que les féministes^[17] voudraient sensibiliser les magistrats, craignant qu'ils ne prennent en considération que les cas dans lesquels le refus a été clairement exprimé. Et outrepassé.

Mais en introduisant une différence juridique entre « céder » et « consentir », on fait de l'éprouvé psychologique de la victime le principal constituant de l'infraction. Sans que l'on s'interroge suffisamment sur l'intentionnalité du mis en cause, on attend du procès pénal la confrontation impitoyable de deux subjectivités.

(12) Iacub M. et Maniglier P., *Antimanuel d'éducation sexuelle*, Bréal, 2005.

(13) Schulhofer S. J., *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of the Law*, 1998, Cambridge, Harvard University Press, p. 259 et s.

(14) Habib C., *Le Consentement amoureux*, Hachette Littérature, 1998 ; Rousseau J.-J., « Émile », in *Œuvres complètes*, t. IV, 1., V, p. 734.

(15) Lire ses prises de position au sujet du harcèlement sexuel par exemple : Fassin É., « Actualité du harcèlement sexuel », *Le Monde* 22 févr. 2002.

(16) Fassin É., « *Le date rape* aux États-Unis : Figures d'une polémique », *Enquête, anthropologie, histoire, sociologie* 1997, n° 5.

(17) Mathieu N.-C., « Quand céder n'est pas consentir », in *L'arrondissement des femmes : Essais en anthropologie des sexes*, 1985, Paris, Éditions de l'EHESS, p. 169-245.

(7) Propos de Roland Courteau tenus au Sénat lors de la discussion en séance publique du 29 mars 2005.

(8) Cass. crim., 5 sept. 1990, n° 90-83786.

(9) Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-86346.

(10) CEDH, 22 nov. 1995, n° 20166/92, CR et SW c/ Royaume-Uni.

(11) Badinter É., *Fausse route*, Paris, Odile Jacob, 2003.

Loi du 4 avril 2006 : le mariage, circonstance aggravante. La loi du 4 avril 2006^[18], renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple, a affirmé la répression du viol. Le viol d'une épouse est désormais plus sévèrement puni que celui d'une inconnue et cela va sans dire : la règle vaut pour les concubins et les couples pacés.

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 mutuel »^[19].

Des enquêtes, telle l'Enquête nationale sur les violences faites aux femmes de l'INED (2001)^[20] révèle que « plus de 47 % des viols sont perpétrés par le conjoint ou l'ex-conjoint »^[21]. 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^[22]. L'étendue de cette fourchette montre que l'on ne sait même plus de quoi l'on parle : les mots perdent littéralement leur sens et ce dévoiement fait dire 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 le sait : la majorité des plaintes pour viol concerne désormais les partenaires ou ex-partenaires. À l'heure de l'ADN, ce n'est pas la réalité du rapport sexuel qui est niée : c'est celle du refus. Le danger est alors majeur de laisser à l'expert, psychiatre ou psychologue, le soin d'apporter la charge de la preuve, par la notion de crédibilité de la plaignante, un rôle bien trop lourd pour ses épaules^[23].

Discussion : le consentement est-il un critère pertinent ?

Le décryptage des signaux sexuels n'est pas univoque et les études que nous citons devraient faire nuancer le discours féministe radical : « Quand une femme dit non, c'est non ». On oublie que, pour être reconnu coupable de viol, il faut avoir voulu violer. 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 »^[24].

C'est ce que rappelle la chambre criminelle de la Cour de Cassation, dans un arrêt du 20 juin 2001^[25], énonçant 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 ». Force est pourtant de constater « qu'une partie de la jurisprudence récente manifeste une tendance 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-ci »^[26]. Plus simplement : en matière d'infractions sexuelles, la tendance est au renversement de la charge de la preuve.

Comment expliquer cette dérive ? Probablement par le postulat qu'une plaignante est présumée dire vrai : les précautions oratoires prises pour le « mis en cause » ou « mis en examen »^[27] ne sont pas de mise pour les plaignant(e)s qui ne seront victimes qu'au prononcé du verdict, mais que l'on désigne comme telles dès le stade de l'enquête ou de l'expertise. Qui oserait écrire « présumée victime » sans crainte d'offenser davantage encore la plaignante ? Peut-on se sentir victime sans l'être au sens pénal du terme ? La réponse est évidemment positive. Le respect des droits des victimes et celui du principe de présomption d'innocence ne devraient pourtant pas être exclusifs l'un de l'autre.

Notre expérience psycho-criminologique nous montre que la population des sujets condamnés pour viol est hétérogène : le violeur des rues n'a rien à voir, sur le plan psychopathologique, avec le conjoint ou ex-conjoint aveugle ou égocentrique. Le premier suscite avant tout l'effroi, le second la répulsion.

C'est pourquoi l'usage du seul terme de viol pour désigner des infractions aussi différentes est réducteur. On pourrait opposer le viol (avec la représentation de violence et d'effraction qui y est généralement attachée) à la « sexualité imposée » (ce qui ne revient aucunement à banaliser cette dernière, avilissante et génératrice de dégoût). Les droits de l'individu n'y perdraient rien et la terminologie juridique gagnerait à s'enrichir de nuances que son stock lexical ne permet actuellement pas de prendre en considération.

Distinguer le vrai du faux est le moins que l'on puisse attendre de la justice. Il est pourtant impératif que les avocats, les juges ou les experts chargés de tels dossiers se gardent de confondre absence de désir et absence de consentement. À l'échelle d'une vie conjugale, le nombre de relations subies sans désir ni plaisir, pour réguler les tensions ou éviter les reproches, obligerait à n'en pas douter à recruter des juges. Et à construire des prisons.

(18) L. n° 2006-399, 4 avr. 2006, renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs : JO, 5 avr. 2006.

(19) Sénat, séance de discussion, 13 déc. 2005.

(20) Institut national d'études démographiques (INED), « L'Enquête nationale sur les violences faites aux femmes », Population et Sociétés janv. 2001, n° 364.

(21) « Lutte contre les violences au sein du couple. Rapport d'information sur les propositions de loi correspondantes », rapp. n° 229 (2004-2005) du sénateur Branger J.-G. fait au nom de la délégation aux droits des femmes déposé le 9 mars 2005.

(22) Boucher S. et a., « Viol conjugal et trauma relationnel », Sexologies 2009/04.

(23) Barillon J. et Bensussan P., *Le Nouveau code de la sexualité*, Paris, Odile Jacob, 2007 ; Bensussan P., « Expertises en affaires familiales : quand l'expert s'assoit dans le fauteuil du juge », Annales médico-psychologiques janv. 2007, vol. 165, n° 1, p. 56-62.

(24) Exception faite des infractions dites « non intentionnelles » : homicide involontaire, mise en danger de la vie d'autrui, blessures involontaires par exemple.

(25) Cass. crim., 20 juin 2001, n° 00-88258.

(26) Rassat M.-L., *Agressions sexuelles*, JCl. Pénal Code, Art. 28, fasc. 20.

(27) 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.