



Par l'auteurice de
On ne naît pas soumise,
on le devient

MANON
GARCIA

La
conversation
des sexes

Philosophie
du consentement

Champsessais

LA CONVERSATION
DES SEXES

DE LA MÊME AUTRICE

On ne naît pas soumise, on le devient, Climats, 2018
Textes clés de la philosophie féministe. Patriarcat, savoirs, justice (direction d'ouvrage), Vrin, « Textes clés », 2021

Manon Garcia

LA CONVERSATION
DES SEXES

Philosophie du consentement

Champs essais

© Éditions Flammarion, Paris, 2021
© Éditions Flammarion, Paris, 2023,
pour cette édition en « Champs »
ISBN : 978-2-0804-2859-2

*À Norah et Éliane,
dans l'espoir que votre monde soit plus libre que le nôtre*

À Tamer

Pourquoi consultez-vous leur bouche, quand ce n'est pas elle qui doit parler ? Consultez leurs yeux, leur teint, leur respiration, leur air craintif, leur molle résistance : voilà le langage que la nature leur donne pour vous répondre. 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. La femme n'a-t-elle pas les mêmes besoins que l'homme, sans avoir le même droit de les témoigner ?

Jean-Jacques Rousseau

The major distinction between intercourse (normal) and rape (abnormal) is that the normal happens so often that one cannot get anyone to see anything wrong with it.

Catharine MacKinnon

Introduction

Le problème du consentement

L'affaire Weinstein et le mouvement #MeToo ont mis la question des violences sexuelles contre les femmes au premier plan. Alors que les mouvements féministes n'ont eu de cesse de lutter contre ces violences, de prendre la parole pour les dénoncer, de mettre en évidence ce que l'on appelle la « culture du viol », c'est véritablement avec le torrent de témoignages, sur les réseaux sociaux et ailleurs, auquel a donné lieu l'affaire Weinstein que cette question a – enfin – commencé à recevoir l'attention de la société tout entière.

Dans ce contexte, une notion, régulièrement utilisée par les juristes, les philosophes et les féministes, est apparue comme un sésame pour penser l'égalité entre femmes et hommes, celle de consentement. Bien sûr, il était déjà courant de parler de consentement pour évoquer d'autres débats, notamment, dans les années 1990, celui qui a porté autour de la possibilité pour des femmes de consentir à se prostituer ou à porter un voile¹, mais c'est avec le mouvement #MeToo que le terme de consentement s'est mis à renvoyer dans le discours médiatique de manière évidente et quotidienne au consentement sexuel et amoureux².

Désormais, le consentement nous apparaît comme le parfait critère de démarcation entre le bien et le mal, entre

le « bon » sexe et le viol³. C'est le cas sur le plan juridique dans nombre de pays occidentaux, et notamment aux États-Unis et au Canada, où le consentement de la victime est le critère juridique d'établissement du viol. Et c'est le cas dans le langage quotidien en France ou ailleurs : un rapport sexuel est jugé « bon » ou au moins acceptable si c'est un rapport sexuel auquel les partenaires consentent. Plus largement, le vocabulaire du consentement apparaît comme la meilleure manière de penser les rapports amoureux et sexuels dans un contexte que l'on espère égalitaire.

Des intuitions trompeuses

La place centrale du consentement dans le discours contemporain repose sur une série d'intuitions qui conduisent à le concevoir comme quelque chose d'extrêmement simple. D'abord, concernant sa définition : on admet généralement qu'il y a consentement quand deux personnes (ou plus) sont d'accord pour avoir un rapport sexuel. Certes, l'établissement juridique du consentement, c'est-à-dire le fait de prouver, dans le cadre d'un procès, si les deux personnes ont ou non consenti à avoir un rapport sexuel, peut poser problème en raison de l'absence de témoins mais, pour le reste, comme le dit le jeune homme interrogé au début du film *Sexe sans consentement*⁴ de Delphine Dhilly, le consentement, c'est « à partir du moment où deux personnes sont d'accord, c'est la meilleure des définitions, il n'y a pas à aller plus loin ». Plus largement, ces intuitions se résument à : consentir, c'est être d'accord ; un rapport sexuel consenti est légitime et un rapport sexuel légitime est consenti ; le sexe non consenti est rare et c'est un viol.

En réalité, aucune de ces intuitions n'est aussi évidemment simple et vraie qu'elle en a l'air. Pour commencer, la définition du consentement ne va pas de soi. En effet, qu'est-ce qu'« être d'accord » pour avoir un rapport sexuel ? L'image d'Épinal que l'on a en tête est celle de deux personnes qui s'aiment, se désirent et ont un rapport sexuel sur la base de cet amour et de ce désir réciproques. Et une autre image, de plus en plus présente, est celle du « sexe Tinder », c'est-à-dire d'interactions sexuelles quasi immédiates, entre inconnu.e.s, où le rapport sexuel s'apparente à une mise à disposition mutuelle du corps de l'autre en vue de l'obtention de plaisir. Dans ce cadre, l'accord apparaît presque contractuel – et dans certains cas, les utilisateurs s'accordent même avant la rencontre sur le type de service sexuel qui sera échangé.

Mais la palette des situations dans lesquelles on peut « être d'accord » pour un rapport sexuel est beaucoup plus large que ce que véhiculent ces images : on peut être d'accord au sens où on a très envie de coucher avec cette personne mais on peut aussi être d'accord parce qu'on sait que notre partenaire va longuement insister et que, comme on doit se lever tôt le lendemain, on préfère dire « oui » pour « en finir » et aller se coucher. On peut être d'accord parce que c'est notre travail, parce qu'on a besoin d'argent et que le rapport sexuel est rémunéré, parce qu'on a peur de susciter la colère de l'autre partenaire, parce qu'on espère obtenir un emploi en acceptant ce rapport sexuel, ou parce qu'on espère garder son emploi en ayant ce rapport sexuel. On peut aussi être d'accord parce qu'on se sent seul, parce qu'on a besoin de contact physique, parce qu'après tout pourquoi pas. On peut être d'accord parce que l'autre a l'air seul, qu'il a l'air d'en avoir très envie, qu'on n'a pas le courage de dire non, ou qu'il semblerait impoli de dire non.

Être d'accord pour avoir un rapport sexuel est une expression vague : est-ce qu'être d'accord pour monter dans la chambre d'hôtel de quelqu'un c'est être d'accord pour avoir un rapport sexuel avec cette personne, comme on l'a parfois entendu au moment de l'affaire Weinstein ? Est-ce qu'être d'accord pour avoir des pratiques sexuelles sans pénétration signifie, ou au moins indique, être d'accord pour avoir un rapport sexuel pénétratif avec cette personne ? Si l'on est d'accord pour avoir un rapport sexuel avec quelqu'un mais que cette personne a menti sur son identité pour nous séduire, est-on vraiment d'accord pour avoir ce rapport sexuel ? On imagine, par exemple, que la réponse donnée à cette question ne sera pas la même selon l'objet du mensonge (le prénom, l'âge, la situation maritale...).

Une question plus épineuse encore : que faire des situations où un·e partenaire modifie complètement son attitude une fois que le rapport sexuel commence ? Les articles de presse ou témoignages militants relatent régulièrement des cas de femmes qui acceptent de coucher avec un homme doux et affectueux qui, une fois le rapport sexuel commencé, change radicalement et adopte un comportement beaucoup plus dominant, voire violent. Est-ce qu'être d'accord pour avoir un rapport sexuel avec une personne implique être d'accord pour avoir n'importe quel type de rapport sexuel avec cette personne ? Cette liste, volontairement faite de situations anodines et ordinaires comme de situations problématiques sur le plan moral, remet en cause l'apparente simplicité du consentement : la définition du consentement comme un simple accord pour avoir un rapport sexuel est insuffisante pour le caractériser avec précision.

En particulier, cette caractérisation ne va pas de soi si l'on considère le consentement comme ce qui légitime nos

rapports sexuels ou amoureux, sur le plan juridique ou sur le plan moral. En effet, dans les sociétés libérales contemporaines, le consensus qui règne concernant la sexualité consiste à affirmer que les relations sexuelles entre individus majeurs relèvent de leur vie privée et qu'elles sont légitimes, c'est-à-dire moralement autorisées, à partir du moment où elles sont consenties. Cette intuition est à l'origine de changements dans les définitions juridiques du viol dans nombre de pays ces vingt dernières années et de la définition récente d'un âge minimum du consentement sexuel en droit français⁵. Or lorsque l'on passe en revue la liste, non exhaustive, des raisons que l'on peut avoir d'accepter un rapport sexuel, il apparaît que l'accord qui y est en jeu est plus ou moins libre, plus ou moins contraint, qu'il ne reflète pas toujours un choix suffisamment libre pour être considéré comme un consentement au sens que les philosophes et les juristes donnent à ce mot. Par exemple, ce n'est pas la même chose d'accepter un rapport sexuel lorsqu'on peut le refuser sans risque ou lorsque de ce rapport sexuel dépend notre sécurité ou notre emploi. En droit – on y reviendra –, il y a des limites au pouvoir du consentement : le consentement des parties ne suffit pas toujours à rendre légitime l'objet de l'accord (par exemple, il est interdit par la loi de tuer quelqu'un, quand bien même cette personne accepterait librement d'être tuée) et le Code civil établit des conditions sans lesquelles l'accord passé entre des parties ne peut être valide. Le droit du travail considère que certaines conditions de travail sont illégitimes et illégales, même si le travailleur les accepte, et par conséquent un contrat de travail qui les stipulerait – par exemple, un contrat de travail qui proposerait un salaire inférieur au salaire minimum – ne serait pas valide, c'est-à-dire n'obligerait pas les personnes qui l'ont signé à le respecter. Il semble

donc que le consentement sexuel, pour être un consentement valide, soit un consentement qui rende légitime le rapport sexuel qui a lieu, ne puisse pas être n'importe quel type d'accord, pour n'importe quelle raison.

La loi et les mœurs

On voit ici apparaître la possibilité d'une contradiction entre le plan juridique et le plan moral. En effet, on peut imaginer des situations dans lesquelles le consentement des partenaires est invalide sur le plan légal et valide sur le plan moral, et réciproquement. Par exemple, en France, l'achat de prestation sexuelle est interdit⁶, donc il est interdit de consentir à avoir des rapports sexuels en échange d'argent. Un·e prostitué·e ne peut être considéré·e comme consentant·e puisque ce rapport sexuel est proscrit par la loi. De la même façon, jusque très récemment, les participant·e·s à des rapports sexuels relevant du BDSM⁷ ne pouvaient être considéré·e·s comme consentant à ce rapport sexuel dans la mesure où ces rapports tombaient sous le coup des lois prohibant l'administration de coups et blessures. Pourtant, les travailleuses du sexe qui choisissent cette activité et ne sont pas l'objet de proxénètes et de trafic d'êtres humains consentent à ce rapport sexuel, au moins dans un certain sens du consentement. Et la prohibition juridique de ce type de rapports sexuels peut donc apparaître comme étant une forme de puritanisme et de paternalisme de la part de l'État⁸. Inversement, jusqu'à récemment – à partir des années 1970 aux États-Unis mais en 1990 en France et 1997 en Allemagne –, il était considéré comme impossible de violer son ou sa conjoint·e : tout rapport sexuel intervenant dans un couple marié était jugé consenti et légitime,

y compris des rapports sexuels obtenus sous la menace, par la contrainte et la violence. Dans un tel contexte, le rapport sexuel pouvait ne pas être consenti sur le plan moral et, pour autant, être légal. La définition morale et la définition légale du consentement peuvent, par conséquent, s'opposer et ainsi donner lieu à des rapports sexuels consentis et illégaux ou illégitimes, ainsi qu'à des rapports non consentis et pourtant légaux.

Le scénario du parking et autres mythes

Si l'intuition selon laquelle tout rapport sexuel est légitime s'il est consenti est problématique, son corrélat – l'idée que tout rapport sexuel légitime est consenti – l'est tout autant. Il y a dans les faits énormément de rapports sexuels considérés comme légitimes qui ne sont pas consentis. On croit à tort que les rapports sexuels sont dans l'ensemble consentis par les partenaires et que le viol est quelque chose d'exceptionnel. En effet, un des mythes centraux de notre conception des violences sexuelles, qui a été mis en évidence par les analyses de la culture du viol⁹, est l'idée que le viol est une expérience exceptionnelle et extraordinaire. On a tendance à se représenter le viol comme un type de crime commis par un inconnu, la nuit, dans un parking, sous la menace d'un couteau ou d'une arme à feu. Le violeur, dans ce scénario, est perçu comme un marginal, souvent fou, semblable au tueur en série des séries américaines. Ce n'est jamais un homme comme un autre. Ce type de configuration existe, bien entendu¹⁰, mais il est loin d'être le scénario le plus fréquent. Dans la majorité des cas, la victime connaît l'agresseur et le crime a lieu dans un lieu familier : selon l'enquête « Violences et rapports de genre » (Virage) menée par l'Institut national des études

démographiques, dans 91 % des cas de viols ou de tentatives de viol, l'agression est perpétrée par une personne connue de la victime et dans 47 % des cas, elle est le fait du conjoint ou de l'ex-conjoint ¹¹.

Surtout, le viol est un crime immensément plus banal que le scénario du parking pourrait le laisser penser : ce scénario repose sur l'idée que le violeur est une personne malade, qui agit de manière incontrôlable et qu'il suffirait de mettre à l'écart de la société une bonne fois pour toutes. En réalité, les études portant sur le profil des violeurs montrent plutôt qu'il s'agit d'hommes tout à fait normaux, appartenant à toutes les classes sociales de la société, ayant généralement une vie sexuelle plutôt plus active que la moyenne. Et ces hommes sont loin d'être d'extraordinaires monstres. Au contraire, ils sont très nombreux (en 2017, les forces de sécurité ont mis en cause près de 22 000 hommes pour des crimes ou délits de violences sexuelles et harcèlement sexuel ¹², sachant que l'on estime qu'environ 40 % représentent des cas de viol et que par ailleurs 10 % seulement des violences sexuelles sont signalées à la justice ¹³) et ce sont des messieurs Tout-le-monde. Ceci peut contribuer à expliquer, par exemple, ce que la philosophe américaine Kate Manne appelle *himpathy*, mélange intraduisible d'« empathie » et du pronom masculin « *him* », qui est l'empathie et la sympathie que reçoivent les agresseurs sexuels et les violeurs, en particulier dans les médias. Elle prend notamment l'exemple de Brock Turner, étudiant et membre de l'équipe de natation de l'université de Stanford. Alors même qu'il a été pris en flagrant délit de viol sur Chanel Miller, une étudiante inconsciente, Turner ¹⁴ a bénéficié d'un soutien de grande ampleur de la part du public, de certains journaux et même du juge, qui a affirmé le condamner uniquement à six mois de prison (il en fera seulement trois) au nom du fait que cette condamnation en elle-même aurait un « impact sévère » sur la

vie du nageur ¹⁵. C'est notamment parce que l'on se représente les violeurs comme fous, marginaux, que l'on a tendance à exonérer les violeurs qui ne rentrent pas dans ce profil fantasmé et, ainsi, à perpétuer la culture du viol, c'est-à-dire une culture dans laquelle les violences sexuelles sont sans cesse à la fois minimisées et invisibilisées, et ainsi rendues socialement acceptables.

Non seulement nos intuitions sur le profil des violeurs sont fausses mais celles sur l'expérience du viol le sont tout autant : les viols et les agressions sexuelles constituent une partie considérable des interactions sexuelles des individus. En France, les chiffres disponibles évaluent à 94 000 le nombre de femmes victimes de viol ou de tentative de viol chaque année ¹⁶ ; 24 800 plaintes ont été déposées en 2020 ¹⁷ et 30 000 plaintes ont été déposées pour d'autres agressions sexuelles (y compris harcèlement sexuel). Ces chiffres sont à prendre avec précaution cependant : dans la mesure où il est généralement admis que les viols et les agressions sexuelles sont loin d'être systématiquement signalés, il est fort probable que les chiffres soient en réalité plus élevés ¹⁸. En tout état de cause, ces chiffres montrent que l'expérience d'agressions sexuelles et de viols est très largement partagée dans la population, en particulier dans la population féminine.

Un rapport sexuel non consenti est-il un viol ?

Ce court détour par les mythes sur le viol, les violeurs et leur victime a pour fonction de remettre en cause une de nos premières intuitions au sujet du consentement : penser que ce qu'est le consentement va de soi et concevoir le consentement comme un critère évident de démarcation entre (bon) sexe et viol est indissociable de l'idée que, à de

rare exceptions près, l'expérience que les individus ont du sexe est une expérience de consentement. On a en effet tendance à penser le non-consentement comme relevant du domaine de l'extraordinaire alors qu'en réalité les études disponibles sur la question dessinent un tout autre tableau : non seulement l'expérience du viol est extrêmement répandue, mais celle de rapports sexuels non pleinement consentis est aussi largement partagée. En effet, il y a encore peu d'études sur le sujet, mais des études de psychologie et de sociologie récentes ¹⁹ mettent en évidence la fréquence de rapports sexuels non consentis dans les couples hétérosexuels et aussi, parfois, dans les couples homosexuels, non seulement sous la forme, désormais reconnue juridiquement, du viol conjugal, mais aussi sous des formes plus subtiles de sexe extorqué par la menace, par des intimidations diverses, par du chantage. Pris ensemble, les chiffres de violences sexuelles et les études sociologiques du non-consentement dans le couple nous donnent à voir une tout autre image que celle, rétrospectivement simpliste, d'un consentement qui va de soi : en réalité, le consentement ne va pas de soi, ni au sens où il serait présent dans l'immense majorité des rapports sexuels, ni au sens où l'on saurait exactement de quoi on parle lorsqu'on parle de consentement.

Cela saute aux yeux lorsque l'on s'efforce de répondre avec précision à la question de savoir si tout rapport sexuel non consenti est un viol. Cette question renvoie à notre conception intuitive du viol et, à première vue, la réponse est affirmative. Si le Code pénal, on y reviendra, ne définit pas le viol par l'absence de consentement, cela semble être à la fois la définition du viol la plus intuitive et celle que le législateur a à l'esprit lorsqu'il définit les différentes formes possibles du non-consentement au sexe dans sa définition du viol : un viol c'est quand une des personnes n'est pas

d'accord pour avoir un rapport sexuel, et que pourtant ce rapport sexuel a lieu. Cependant, sur le plan juridique par exemple, il est courant qu'une personne affirme avoir eu un rapport sexuel contre son gré et que la justice considère qu'il ne s'agit pourtant pas d'un viol, parce que l'agresseur n'avait pas l'intention de violer. En droit pénal français, en effet, un crime ou un délit ont trois éléments constitutifs, un élément légal (il faut qu'une loi détermine que les faits en question sont prohibés par la loi), un élément matériel (qui se manifeste par la réalisation concrète des faits incriminés) et un élément moral (l'attitude psychologique de l'auteur des faits). Il ne peut donc pas y avoir viol dans le cas où l'auteur du rapport sexuel commis par violence, contrainte, menace ou surprise n'a pas l'intention de le violer. D'autre part, les sociologues qui s'intéressent au consentement rapportent que lorsque les intéressé-e-s décrivent des expériences de non-consentement, ils récuse^{nt} fréquemment le terme de viol : elles * considèrent que ce terme renvoie à une situation intolérable et violente alors que leur expérience est plutôt celle de situations très déplaisantes mais ordinaires et vivables. Par exemple, le livre de Nicola Gavey regorge d'exemples de femmes dont le mari insiste très lourdement pour obtenir des rapports sexuels en sachant très bien qu'elles ne le désirent pas et qui cèdent parce qu'elles savent que le prix à payer pour leur refus serait trop élevé, mais n'y voient pas pour autant un viol et refusent catégoriquement le terme.

* Nous reviendrons plus loin sur le genre des personnes impliquées dans les scénarios de consentement. Dans la mesure où la grande majorité des expériences de sexe non consenti sont rapportées par des femmes, nous utiliserons ici le féminin, sans que cela signifie que nous pensons que seules les femmes font cette expérience.

De manière plus générale, cette question nous invite à nous demander ce que c'est que de *ne pas* consentir : ne pas être d'accord pour faire quelque chose peut prendre une grande variété de formes. Est-ce dire « non », se débattre ? Est-ce simplement ne pas dire « oui » ? Est-ce ne pas avoir très envie ou plutôt être radicalement opposé ? Par exemple, beaucoup de couples font l'expérience de ne pas avoir de désir sexuel au même moment : est-ce que lorsque je couche avec mon mari ou ma femme pour lui faire plaisir alors que je n'en ai pas du tout envie je consens à ce rapport sexuel ? On imagine aisément que la réponse à cette question dépend des détails du scénario : dans un couple où tout va bien, où le sexe n'est pas l'objet de marchandages, on peut très bien imaginer un rapport sexuel dans lequel un des deux partenaires accepterait avec joie un rapport sexuel initié par l'autre sans avoir de désir sexuel sur le moment, par volonté de faire plaisir à son partenaire, par amour. Mais imaginons un contexte dans lequel un partenaire insiste, chaque soir, pour avoir un rapport sexuel, en sachant très bien que l'autre, par exemple, a eu une longue journée épuisante ou a des soucis professionnels ou des problèmes de santé, au point que ce partenaire cède, de temps en temps, « pour avoir la paix ». On voit bien que dans ce second scénario, l'évidence du consentement est moins tangible.

Imaginons un troisième scénario dans lequel un homme et une femme se rencontrent dans une fête. Ils ne se connaissent pas, se découvrent, s'amuse bien. Ils dansent, s'embrassent, passent une excellente soirée. À la fin de la soirée, l'homme propose à la femme de la raccompagner, elle en resterait bien là pour ce soir, mais elle a déjà dit à l'homme où elle habitait et il insiste sur le fait que ce n'est pas un gros détour pour lui. Elle se dit qu'il est tard et

qu'elle se sentira sans doute plus en sécurité s'il la raccompagne. Elle accepte. Arrivé en bas de chez elle, l'homme insiste pour monter, il promet qu'il ne restera pas longtemps, elle irait bien se coucher mais en même temps il a fait un détour, il fait froid. Elle accepte. Ils montent, il l'embrasse, elle se laisse faire mais n'a pas envie d'aller plus loin. Il passe la main sous son T-shirt, il insiste. Elle le repousse un peu, mais elle se dit qu'elle risque de passer pour une allumeuse si elle dit « non », qu'il a l'air d'avoir très envie. Peut-être que ce ne sera pas si mal. Et puis bon, ce sera sans doute vite terminé. Elle a vraiment de moins en moins envie cela dit. Mais s'il prenait mal qu'elle refuse net ? S'il se fâchait ? Elle le laisse faire et ils couchent ensemble. Dans ce scénario, on voit comment les normes sociales (elle ne veut pas être une allumeuse, le désir masculin est conçu comme irréprouvable, elle se sent redevable et a l'impression de devoir rendre sous forme sexuelle le service qu'il lui a rendu) jouent un rôle et conduisent la femme à avoir un rapport sexuel qu'elle ne voulait pas. Pourtant, il est possible que l'homme rentre chez lui sans penser que ce rapport n'a pas été consenti. En aucun cas, à coup sûr, ne se sent-il dans son tort, même s'il peut savoir, plus ou moins consciemment, qu'elle n'avait pas l'air très partante. Alors qu'*a priori*, il nous semblait évident qu'accepter de coucher avec quelqu'un « pour lui faire plaisir » ne relevait pas du non-consentement et que tout sexe non consenti était un viol, ces trois scénarios nous montrent que la réalité du consentement est infiniment plus complexe.

Pour une philosophie du consentement sexuel

Le rôle central du consentement dans les débats contemporains repose sur une conception excessivement simple.

Pourtant, nous l'avons vu, aucune de ces intuitions simples ne résiste à l'analyse. Ces exemples de la complexité du consentement font apparaître le consentement comme un problème philosophique : cette notion, utilisée quotidiennement dans le débat public, est en réalité une notion problématique et les inférences morales qu'elle produit – au premier rang desquelles celle consistant à penser le consentement comme le critère de légitimité des rapports sexuels – demandent à être examinées en détail. Si l'on considère que ce concept est la clé de rapports intimes égalitaires et libres, alors il faut aller au-delà de nos intuitions simplistes et en proposer une analyse précise qui surmonte les difficultés que l'on a soulignées. Il faut être en mesure de définir précisément ce qu'est le consentement, analyser la façon dont il fonctionne d'une manière qui rende compte de son pouvoir de légitimation, établir les conditions d'un exercice valide du consentement.

Qu'une telle analyse philosophique du consentement dans son sens amoureux et sexuel n'ait pas encore eu lieu, n'est pas le fruit du hasard : ce n'est que récemment que le consentement est devenu un objet de réflexion en lui-même. En effet, on y reviendra, le consentement a historiquement été défini de telle manière que seule son absence pourrait être constatée : l'adage « qui ne dit mot consent » manifeste cette invisibilité du consentement ; seul le non-consentement est digne d'attention. Dans la majorité des occurrences du terme, le consentement est présumé jusqu'à manifestation du non-consentement. Or les débats sur le consentement sexuel dans le contexte du mouvement #MeToo ont mis au premier plan des expériences dans lesquelles des partenaires pouvaient ne pas avoir dit « non », ne pas avoir manifesté de non-consentement, et pour autant affirmer n'avoir pas consenti. Dans ce contexte, est

apparue ce que l'on appelle communément la « zone grise », soit cette zone entre ce qui n'est pas pleinement consenti et ce qui n'est pas, non plus, pleinement non consenti ou assimilable à un viol. Ainsi, ce qu'est, positivement, le consentement, ses conditions de validité et d'expression, est devenu un sujet d'interrogation parce qu'il ne suffisait plus d'identifier les manifestations traditionnellement reconnues du non-consentement pour cerner le consentement lui-même.

Ce livre entend proposer sur le consentement ce que la philosophe américaine Sally Haslanger appelle une analyse conceptuelle méliorative. Dans son analyse des concepts de « genre » et de « race », Sally Haslanger montre que lorsque nous posons la question philosophique par essence qu'est « Qu'est-ce que X ? », nous pouvons avoir trois types différents de projets philosophiques : une enquête descriptive, une enquête conceptuelle, ou une enquête analytique²⁰. On peut avoir pour projet une enquête *descriptive*, dont l'objectif est d'identifier de quelles choses et de quelles expériences on parle lorsque l'on parle de X, ce que l'on appelle aussi l'extension du concept X. On peut aussi vouloir mener ce qu'elle appelle une enquête *conceptuelle*, dont le but est de définir notre concept X, notamment en le distinguant des concepts qui lui sont liés. Enfin, et c'est la tâche qu'elle se propose, on peut entendre proposer une enquête *analytique*, qui consiste à se demander : « À quoi cela sert-il d'avoir un tel concept ? Quelle tâche cognitive ou pratique voulons-nous que ce concept nous aide à accomplir ? Est-ce que ce concept est un outil efficace pour accomplir nos ambitions ? » Ce type d'analyse est aussi appelée méliorative dans la mesure où il n'a pas seulement une ambition descriptive – établir à quelle réalité ce concept correspond, quels sont les objets qu'il regroupe –

mais aussi une ambition normative d'amélioration du monde social – établir à quel type d'entreprise normative et émancipatrice ce concept peut servir. Comme nous le verrons, d'un côté, le consentement est de plus en plus utilisé comme le concept par lequel il est possible de penser des rapports amoureux et sexuels non oppressifs, de l'autre, il fait l'objet de nombreuses critiques, selon lesquelles il serait en réalité incapable de contribuer à des relations sexuelles et amoureuses plus égalitaires et libres. Il s'agit donc pour nous dans cet ouvrage non seulement d'analyser ce qu'est le consentement mais aussi de voir si, et à quelles conditions, il peut effectivement être un outil d'émancipation. Et pour ce faire, comme les exemples que nous avons mobilisés jusqu'alors le montrent, il faudra s'appuyer sur ce que l'anthropologue Clifford Geertz appelle des « descriptions épaisses²¹ », soit des descriptions détaillées qui ne font pas simplement état du comportement des agents mais aussi du contexte dans lequel ils s'inscrivent et des significations que ce contexte peut donner à leurs actions²².

Patriarcat et consentement

Un des aspects centraux de cette analyse consiste à élucider le rôle que joue le consentement dans la société patriarcale. En effet, si jusque-là les cas pris en compte ont été majoritairement présentés d'une manière neutre, le consentement est une notion clé du discours féministe contemporain parce que l'on s'intéresse majoritairement au consentement sexuel des femmes, dans leurs relations amoureuses et sexuelles avec les hommes. Cela s'explique de plusieurs manières, sur lesquelles ce livre reviendra : en effet, un des objectifs de ce livre est d'étudier le patriarcat,

entendu comme le système sociopolitique qui organise l'oppression sociale des femmes, au prisme du consentement. À ce titre, on examinera ce que le patriarcat fait au consentement et aux désirs des femmes, mais aussi à ceux des hommes et des personnes non binaires, dans le cadre de relations hétérosexuelles comme de relations homosexuelles. Si le problème du consentement, comme nous le verrons, se pose de manière particulièrement aiguë dans les rapports hétérosexuels et justifie que l'on accorde une attention particulière à ces rapports, pour autant, les personnes non hétérosexuelles sont aussi parties prenantes du système patriarcal et voient également leurs vies intimes façonnées par le patriarcat.

Ce livre entend donc ne pas tomber dans le travers d'une analyse prétendument neutre du consentement, qui considérerait qu'hommes et femmes peuvent consentir exactement de la même façon à des rapports sexuels. Au contraire, il montre qu'une telle analyse, aveugle aux impacts de la domination masculine non seulement sur la société mais sur nos désirs et nos plaisirs, manque ce qu'il y a de profondément difficile à penser dans le consentement. Le discours du consentement est à la fois une libération pour les femmes – historiquement, elles n'ont pas été considérées comme des personnes autonomes et le consentement, au contraire, souligne cette qualité – et un risque, tant ce vocabulaire peut être utilisé d'une manière qui dissimule les injustices de genre. Je conclusais mon précédent livre, *On ne naît pas soumise, on le devient*^{*}, sur la façon dont la soumission féminine invitait à repenser le consentement. Je distinguais ainsi trois problèmes du consentement sexuel :

^{*} *On ne naît pas soumise, on le devient*, Paris, « Climats », Flammarion, 2018.

un problème juridique, un problème moral et un problème politique. Le problème juridique, bien connu de celles et ceux qui suivent l'actualité, peut être ainsi résumé : comment faire pour que les cas de viol, d'agression sexuelle, de harcèlement sexuel soient effectivement punis ? Je rappelais les chiffres du ministère de la Justice selon lesquels en France, 10 % des femmes victimes de viol portent plainte, 3 % des viols débouchent sur un procès en cour d'assises et 1 % des viols commis sont punis comme tels. Le second problème est un problème moral : comment penser des relations amoureuses et sexuelles qui ne soient pas fondées sur des normes sociales sexistes et inégalitaires, comment concevoir des relations amoureuses sinon heureuses du moins non nocives ? Enfin, se pose un problème politique, qui est celui de savoir comment les inégalités de genre se manifestent dans les rapports amoureux et sexuels et comment lutter contre la perpétuation de normes oppressives et injustes dans les rapports intimes. Ce livre a pour ambition de montrer qu'on ne peut espérer aimer mieux et plus librement qu'en étant conscient·e·s de la façon dont les normes sociales de genre façonnent nos vies, y compris les plus intimes.

Chapitre premier

La spécificité du consentement sexuel

La première question qui se pose lorsque l'on cherche à comprendre et évaluer les débats contemporains sur le consentement dans les relations intimes est de savoir ce qu'est le consentement afin d'en identifier et d'en démêler les ambiguïtés et la polysémie. Avant d'analyser la fonction et le pouvoir normatif du consentement, il faut comprendre de quoi l'on parle. Est-ce que le consentement est un problème juridique, un problème moral ? Est-ce qu'on parle de la même chose lorsqu'on parle de consentement sexuel et de consentement tout court ?

Les trois sphères du consentement

Lorsqu'on parle de consentement, on fait référence à *l'action* de consentir ou au *résultat* de cette action. Consentir est une action qui consiste à donner son accord. Par exemple, je consens à acheter quelque chose à quelqu'un lorsque je passe un contrat de vente avec cette personne. Et c'est aussi l'accord qui résulte de cette action, par exemple lorsque l'on dit qu'il y a eu échange des consentements lors d'un mariage.

Ces exemples mettent en évidence le caractère social du consentement : consentir, c'est donner à quelqu'un son accord sur quelque chose. On ne consent pas seul, il y a toujours un autre dans l'action de consentir. Plus spécifiquement, il est généralement admis que consentir consiste à octroyer à quelqu'un un droit qu'il n'aurait pas sans l'accord qu'est le consentement : quand je consens à prêter une voiture à une amie, je lui octroie le droit de prendre ma voiture alors que si elle prenait ma voiture sans ce consentement, elle transgresserait mon droit de propriété. Consentir est donc donner son accord à quelqu'un sur quelque chose, de sorte que l'on accorde par là un droit sur soi ou ses possessions.

Les origines juridiques

Comme le montre cette définition, le consentement relève d'abord du vocabulaire juridique. En droit, on parle de consentement pour évoquer l'accord par lequel quelqu'un passe contrat. Le contrat est défini à l'article 1101 du Code civil comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations ». Le contrat résulte donc d'un accord de plusieurs volontés donnant lieu à des obligations réciproques (ce qui le différencie de l'acte juridique unilatéral, dont le testament est un exemple). L'obligation doit ici être comprise en son sens juridique, à savoir « le lien de droit par lequel une ou plusieurs personnes, le ou les débiteurs, sont tenues d'une prestation (fait ou abstention) envers une ou plusieurs autres – le ou les créanciers – en vertu soit d'un contrat (obligation contractuelle), soit d'un quasi-contrat (obligation quasi contractuelle), soit d'un délit ou d'un quasi-délit (obligation délictuelle ou quasi

délictuelle), soit de la loi (obligation réelle) ¹ ». Le consentement est une des notions fondamentales du droit privé puisqu'il est une condition nécessaire de la validité d'un contrat : un contrat ne peut être légalement valide si les parties n'y consentent pas. L'article 1128 du Code civil (ancien article 1108) dispose ainsi que :

Sont nécessaires à la validité d'un contrat :

- 1° Le consentement des parties ;
- 2° Leur capacité de contracter ;
- 3° Un contenu licite et certain.

Le consentement des parties est si central à l'établissement d'un contrat qu'il existe en droit français des contrats qui n'existent que par le seul fait de l'échange des consentements et qui n'ont pas besoin d'être formalisés légalement. C'est ce que le droit appelle un contrat consensuel et qui est défini dans l'article 1109 du Code civil de la manière suivante : « Le contrat est consensuel lorsqu'il se forme par le seul échange des consentements quel qu'en soit le mode d'expression. » La notion de consentement est donc au fondement du droit privé et de la capacité des individus à contracter les uns avec les autres.

Les trois domaines du consentement

La notion de consentement est historiquement d'abord une notion juridique, mais elle apparaît aujourd'hui cruciale pour trois domaines différents : le domaine juridique, le domaine politique, le domaine des rapports interpersonnels intimes, en particulier ceux qui ont trait au mariage et à la sexualité.

Dans le domaine juridique, cette notion est utilisée, comme on vient de le voir, principalement en droit des

contrats. Et il est particulièrement important de noter qu'elle n'est *pas* utilisée en droit pénal : le droit pénal français ne reconnaît pas l'adage romain *Volenti non fit iniuria*, c'est-à-dire « Nul tort n'est fait à qui consent ». Alors qu'en droit civil cette maxime est cruciale pour évaluer la responsabilité, en droit pénal c'est plutôt la maxime inverse *Voluntas non excusat injuriam*, « La volonté n'excuse pas le tort », qui prévaut. Pour le dire autrement, le consentement de la victime ne supprime pas l'infraction sauf si cette infraction exige, par définition, fraude ou violence (par exemple, il ne peut y avoir d'enlèvement avec le consentement de la victime).

Dans le domaine politique, le vocabulaire du consentement est utilisé dans le cadre de ce que l'on appelle communément le problème de l'obligation politique. Un des problèmes cruciaux, en effet, de toute philosophie politique est celui de savoir comment et pourquoi les sujets obéissent aux lois et aux gouvernants. À partir du moment où le pouvoir étatique n'est plus compris comme étant reçu de Dieu et que l'on considère que les sujets sont naturellement libres et égaux, seule l'obligation permet de comprendre le fonctionnement de la vie politique, si l'on entend par obligation « ce à quoi une volonté se reconnaît librement engagée envers elle-même ou envers autrui² ». Or, si les êtres humains sont libres et égaux, l'obéissance à la loi apparaît, au moins d'une façon schématique, comme le fait qu'un individu né libre accepte de restreindre son champ d'action à ce qui est autorisé par la loi.

Comme le montre la politiste américaine Hannah Pitkin, il y a en réalité plusieurs problèmes dans celui de l'obligation politique. Elle en distingue quatre :

- (1) Les limites de l'obligation (« *Quand* est-on obligé d'obéir, et quand ne l'est-on pas ? »)