

ON CRÉE LE CRIME EN LE NOMMANT : POUR UNE REDÉFINITION DU VIOL

[Christian Guéry](#)

Daloz | « [Revue de science criminelle et de droit pénal comparé](#) »

2020/2 N° 2 | pages 255 à 268

ISSN 0035-1733

ISBN 9782995520022

Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2020-2-page-255.htm>

Distribution électronique Cairn.info pour Daloz.

© Daloz. Tous droits réservés pour tous pays.

La reproduction ou représentation de cet article, notamment par photocopie, n'est autorisée que dans les limites des conditions générales d'utilisation du site ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et de quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France. Il est précisé que son stockage dans une base de données est également interdit.

*La loi du 23 décembre 1980 a défini le viol comme un acte de pénétration sexuelle accompli par violences, contrainte ou surprise. Le code pénal de 1992 y a ajouté les menaces. Le texte ne fait pas référence à l'absence de consentement, mais s'intéresse seulement aux manières dont l'auteur a pu s'en passer pour arriver à ses fins. Depuis quelques années, la loi tente de définir les termes qu'elle a retenus. En même temps, elle multiplie les circonstances aggravantes. Mais le juge se voit contraint, pour définir le cœur de l'incrimination, de trouver des faits qui ne sont pas ceux retenus au titre des circonstances aggravantes. Or, nombre de ces circonstances apparaissent principalement comme des éléments permettant de caractériser l'infraction. L'exercice de motivation consiste alors à ne pas violer la règle *ne bis in idem*... Il est temps que, conformément aux directives européennes, le droit français dise que le viol est un acte sexuel commis en absence d'un consentement libre et éclairé. Le consentement comme exigence à une relation sexuelle est une référence positive, qui sert à se détourner de la catégorie de victime, et qui fonde l'incrimination sur la liberté du consentement individuel. Et c'est lorsqu'on aura inscrit le consentement au cœur de l'infraction que l'on pourra poser la présomption de son absence pour certaines catégories de personnes vulnérables.*

On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol

Christian Guéry

Conseiller à la chambre criminelle de la Cour de cassation

The law of 23 December 1980 defined rape as an act of sexual penetration carried out by violence, coercion or surprise. The Penal Code of 1992 added threats to it. The text does not refer to the absence of consent, but only to the ways in which the perpetrator could have done without it in order to achieve his or her ends. In recent years, the law has attempted to define the terms it has retained. At the same time, it has increased the number of aggravating circumstances. However, in order to define the core of the offence, the judge is obliged to find facts that are not those used as aggravating circumstances. Many of these circumstances appear mainly as elements that make it possible to characterise the offence. The exercise of

motivation then consists in not violating the ne bis in idem rule... It is time that, in accordance with European directives, French law stated that rape is a sexual act committed in the absence of free and informed consent. Consent as a requirement for a sexual relationship is a positive reference, which serves to turn away from the category of victim, and which bases criminalisation on the freedom of individual consent. And it is only when consent is enshrined at the heart of the offence that it can be presumed to be absent for certain categories of vulnerable persons.

Confinés pendant des siècles au sein des communautés ou des familles, dénoncés parcimonieusement dans la honte et la crainte de la façon dont la plainte sera accueillie, les abus sexuels s'invitent désormais sur les chaînes d'information aux heures de grande écoute, exposés au grand jour par celles qui ont, depuis peu, eu le courage de prendre la parole.

Cette évolution s'inscrit dans une histoire des relations hommes-femmes et de celle du rôle du consentement de la femme dans la vie sociale. La montée en puissance du consentement s'inscrit dans celle de l'autonomie de la volonté, dans le cadre du mariage, du divorce, de la possibilité de mourir dignement.

L'existence d'un consentement libre et éclairé est devenue primordiale.

Or, la question du consentement n'intéresse guère le juriste.

Ou plus précisément, la définition de l'infraction sexuelle ne fait pas référence à l'absence de consentement, mais s'intéresse seulement aux manières dont l'auteur a pu s'en passer pour arriver à ses fins. Lorsqu'il a donné une définition à ce qui n'apparaissait auparavant dans la loi que comme « le viol », le législateur a choisi de définir les termes pouvant expliquer l'absence de ce consentement : les violences, les menaces, la

contrainte et la surprise. Sans doute s'est-il alors attaché à objectiver au mieux les éléments probatoires dans une période où le juge s'aventurerait peu dans l'intériorité personnelle de la victime, dans ses logiques muettes et intimes¹.

Le paradoxe est consacré par l'article 227-25 qui dispose que « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ou surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans, est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

Ce que le texte signifie en réalité c'est que peu importe le consentement de la victime. C'est une façon bien alambiquée de le dire.

Cela fait un certain temps déjà que, dans cette matière, le droit n'apporte plus la clarté de ses catégorisations, la prévisibilité de ses définitions, par la confusion que le législateur a introduit entre une définition qui peut paraître aujourd'hui archaïque du viol, et des circonstances aggravantes dont la multiplication rend, à rebours des intentions justifiant leur création, plus difficile la caractérisation de l'infraction (I).

On peut dès lors s'interroger sur la nécessité de placer l'absence de consentement au cœur de cette définition (II).

(1) G. Vigarello, *Histoire du viol*, L'univers historique, Seuil, 1998, p. 50-51. Nous empruntons plusieurs références à cet excellent ouvrage.

I - De la confusion entre définition de l'infraction et circonstances aggravantes

Il faut repasser par le biais d'une longue évolution historique (A) pour mesurer l'acuité des débats contemporains (B).

A - L'évolution historique

Sous l'Ancien Régime, le viol est sévèrement condamné mais peu poursuivi. Il n'est pas nommé ainsi, le terme n'apparaissant dans le code qu'à la Révolution française ; il est alors un rapt, du latin *rapere*, dont est issu aussi le terme anglais *to rape*, et qui signifie « enlever par force », ce qui fait entrer le crime dans les atteintes à la propriété. Celui que l'on dépouille, c'est le mari ou le père. La plaignante est quant à elle tenue dans une indifférenciation avec son agresseur, dans une identique faute morale.

La gravité de l'acte est alors alourdie par des circonstances telles que la virginité, qui est la condition du mariage, l'ascendant moral de l'agresseur sur sa victime, le geôlier envers sa prisonnière, le tuteur envers sa pupille, le magistrat envers sa cliente et généralement par tous ceux à qui la loi aurait donné une autorité sur la personne qui a été violée². Ce n'est pas tant la gravité de l'acte qui importe que la condition sociale des acteurs.

Du côté de la preuve, il est difficile alors de faire le partage entre consentement et non consentement indépendamment de l'acte concrètement effectué, la tendance étant de réduire la femme à l'acte « accompli » comme impliquant de sa part un consentement³. Le non-consentement ne peut être conforté que par ce qui a été vu ou entendu par un témoin.

La volonté libre, dont on prétend par ailleurs qu'elle existe chez celui qui parle sous la torture, ne peut conduire une femme à « céder » en dehors des cas de violences avérées, et nombre de traités évoquent l'impossibilité pour un homme seul de forcer une femme qui ne le désire pas ; on trouve même ce type de précepte chez les auteurs des Lumières, Voltaire, Rousseau et Diderot. La renommée « sans tache » de la victime est par ailleurs déterminante.

Avec la Révolution apparaît le terme même de viol, qui n'est pas défini. L'article 29 du code pénal de 1791 énonce que « le viol sera puni de six ans de fers ». Mais le viol ne s'entend alors que de la pénétration d'une femme non mariée par violence physique. Après 1820, débute une période où la question de la contrainte morale est posée, qui voit sa consécration dans une importante décision rendue par la chambre criminelle le 25 juin 1857⁴. Le crime consiste alors dans le fait « d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action ». Mais on va bientôt perdre les notions, pourtant essentielles, de volonté et de consentement, pour se centrer sur le *modus operandi*. À la fin du XIX^e siècle, la naissance de la psychologie et l'intérêt plus précis porté à l'individu, son libre arbitre sinon son désir, amoncent quelques distinctions cruciales d'aujourd'hui. Le Grand dictionnaire universel Larousse du XIX^e siècle, paru en 1876, énonce qu'« il y a

(2) V. not. P. Muyart de Vouglans, *Instructions criminelles suivant les lois et ordonnances du Royaume, Paris, 1742.*

(3) V. not. P. Muyart de Vouglans, *Instructions criminelles suivant les lois et ordonnances du Royaume, Paris, 1742.*

(4) Crim., 25 juin 1857, Bull. crim., n° 240 ; S. 1857. 1. 711 ; DP 1857. 1. 314.

viol toutes les fois que le libre arbitre de la victime est aboli ». Pourtant, le crime commis sur un adulte dans un espace privé est encore rarement poursuivi⁵. La réaction est plus vive s'agissant des viols commis sur les enfants. On trouve encore dans une décision de 1973 que le crime de viol « consiste dans le fait d'avoir des relations sexuelles avec une femme contre la volonté de celle-ci, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise employé par l'auteur de l'action pour atteindre son but⁶ », dans une définition proche de celle de 1857.

L'affaire dite d'Aix en Provence, jugée en mai 1978, est placée pour la première fois sous l'angle de la libération de la femme et du militantisme. La loi du 23 décembre 1980, s'appuyant sur la jurisprudence, définit alors le crime de viol, comme : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise »⁷. Dans cette définition, on conserve de l'Ancien Droit l'idée selon laquelle il faut s'appuyer sur des indices matériels pour attester de l'absence de consentement. On oublie que la jurisprudence évoquait aussi libre arbitre et volonté. Ce n'est pas de la victime dont parle le code pénal. Son non-consentement ne peut exister que dans la définition du comportement de l'auteur.

Ce n'est qu'en 1990 que la chambre criminelle consacre le principe selon lequel la loi du 23 décembre 1980, « qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de

ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte »⁸. Dans une décision du 11 juin 1992, elle utilisera une prétendue présomption de consentement, qu'elle n'énoncera plus par la suite : « en confirmant par ces motifs l'ordonnance de refus d'informer du juge d'instruction, alors que la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire, la chambre d'accusation a méconnu le sens et la portée de l'article 332 du code pénal »⁹.

B - Analyse contemporaine

La loi du 3 août 2018 a inclus dans la définition du viol la *pénétration subie par son auteur*, et cela pour intégrer ceux qui contraignent, par exemple, de jeunes garçons à subir une fellation ou leur impose de les pénétrer. Ces actes, auparavant poursuivis pour agression sexuelle, en raison de l'exigence de la commission sur autrui, entrent désormais dans la catégorie du viol.

Mais la tendance lourde, actuellement, se dessine d'une part, dans la tentative d'explication des termes définissant le viol, d'autre part dans la multiplication des circonstances aggravantes qui sont, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 2018, au nombre de dix-sept¹⁰ !

On peut les ranger en plusieurs catégories. Ces circonstances tendent à aggraver l'infraction en raison de :

- (5) G. Vigarello, *op. cit.*, p. 175.
- (6) Crim., 10 juill. 1973, n° 73-90.104, Bull. crim., n° 322.
- (7) Les menaces ont été ajoutées par le code pénal de 1992.
- (8) Crim., 5 sept. 1990, pourvoi n° 90-83.786, Bull. crim., n° 313 ; D. 1991. 13, note H. Angevin ; RSC 1991. 348, obs. G. Levasseur ; RTD civ. 1991. 301, obs. J. Hauser ; elle avait déjà cassé une décision de cour d'appel le 17 juillet 1984 (n° 84-91.288, Bull. crim., n° 260) mais les époux étaient séparés au moment des faits.
- (9) Crim., 11 juin 1992, n° 91-86.346, Bull. crim., n° 232 ; D. 1993. 117, note M.-L. Rassat ; *ibid.* 13, obs. G. Azibert ; RSC 1993. 107, obs. G. Levasseur ; *ibid.* 330, obs. G. Levasseur.
- (10) Quinze dans l'article 222-24 (le 9° a été abrogé mais il existe un 3 bis !) auxquelles il faut ajouter celle de l'article 222-25 et celle de l'article 222-26. Et nous ne comptabilisons que les circonstances aggravantes spéciales.

- la qualité de la victime : art. 222-24 2° mineur de quinze ans, 3° personne vulnérable, 3°*bis* personne vulnérable pour raisons économiques, 13° sur une prostituée ;

- la qualité de l'auteur : art. 222-24 4° ascendant ou personne ayant autorité, 5° personne abusant de l'autorité que lui confère ses fonctions, 6° commis par plusieurs personnes, 11° par conjoint ou concubin de la victime, 12° par personne en état d'ivresse ou sous stupéfiants ;

- le *modus operandi* : art. 222-24 7° usage ou menace d'une arme, 8° contact avec un moyen de communication électronique, 10° concours avec un autre viol, 14° présence d'un mineur, 15° administration d'une substance pour altérer le discernement, art. 222-26 accompagné, suivi ou précédé d'actes de torture et de barbarie ;

- les conséquences de l'infraction : art. 222-24 1° lorsque l'acte a entraîné une mutilation ou infirmité permanente, art. 222-25 lorsqu'il a entraîné la mort.

Certaines de ces circonstances aggravantes pourraient en réalité aussi bien s'inscrire dans la définition de l'incrimination. Pourquoi ne pas définir le viol comme l'acte commis sous la menace d'une arme dès lors qu'il est défini comme pouvant résulter de menaces ? Pourquoi ne pas définir le viol comme celui qui a pu entraîner une mutilation ou la mort de la victime dès lors qu'il est défini par des violences ? Et est-il logique d'aggraver un viol commis par menace par le fait que la menace ait été armée ? Ou aggraver le viol commis par violences par le fait qu'elles aient entraîné la mort ou une mutilation ? C'est sans doute qu'il n'existe pas de différence

fondamentale entre l'énumération des quatre modalités de fond et certaines circonstances aggravantes...

En droit pénal, dans l'exercice de qualification, le juge doit tout d'abord établir si une infraction a été commise en analysant ses éléments constitutifs. En matière de viol, il doit ainsi déterminer s'il existe une pénétration sexuelle et si l'acte a été commis par violence, contrainte, menace ou surprise. C'est ensuite qu'il doit s'attacher à établir s'il existe ou non des circonstances aggravantes. La difficulté dans la réflexion - et dans l'exercice de motivation - tient à l'existence d'un principe essentiel du droit pénal, anciennement nommé *non bis in idem* et qui se décline aujourd'hui plutôt sous l'appellation de principe *ne bis in idem*¹¹.

Dans la définition actuelle de ce principe, la chambre criminelle juge que les faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes¹².

Il résulte de cette définition, comme de la précédente, qui s'attachait à déterminer quelles étaient les valeurs sociales protégées, qu'en tout état de cause, *les faits qui concourent à l'établissement de l'incrimination ne peuvent se trouver constituer des circonstances aggravantes*. Dans de nombreuses occurrences, le juge pénal se trouve depuis longtemps en difficulté pour justifier à la fois que l'infraction existe et qu'elle est aggravée. Ainsi, une cour d'appel avait caractérisé la contrainte par l'autorité attribuée au prévenu. Cette décision a été cassée au motif *que cet élément*

(11) Pour une critique savante de cette appellation : V. Ph. Conte, « Non bis in idem : bref exercice d'exégèse d'où il résulte que le droit n'est pas la physique », Dr. pénal 2020. Étude 10.

(12) À partir de : Crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552, Bull. crim., n° 276 ; D. 2016. 2217 ; *ibid.* 2017. 2501, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire ; AJ pénal 2017. 35, obs. J. Gallois ; RSC 2016. 778, obs. H. Matsopoulou

ne constitue qu'une circonstance aggravante du délit d'agression sexuelle, et d'autre part, en ne caractérisant pas en quoi les attouchements pratiqués, l'auraient été par violence, contrainte, menace ou surprise¹³. La Cour de cassation rendit des décisions semblables s'agissant de l'élément de surprise, fondé sur le seul âge des victimes : « ne donne pas de base légale à sa décision la chambre d'accusation qui, pour renvoyer une personne devant la cour d'assises du chef de viols, énonce qu'aucun élément de violence ou de contrainte ne résulte de l'information et qui déduit la surprise, malgré la répétition des faits, du seul âge des victimes »¹⁴.

Certains auteurs pensent que la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en jugeant par exemple que caractérise le crime de viol par contrainte ou par surprise commis par ascendant sur mineur de quinze ans celui, commis par un père qui, pour parvenir à ses fins contre la volonté de son fils, a profité du manque de discernement de ce dernier pour abuser de son autorité¹⁵ ou en confirmant un arrêt qui avait déclaré le prévenu coupable en énonçant, notamment, que l'état de contrainte ou de surprise résultait du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés¹⁶. Il s'agit en réalité d'arrêts d'espèces, le second s'expliquant d'ailleurs, non par le principe selon lequel le jeune âge des enfants pourrait caractériser la contrainte ou la surprise, mais parce qu'il ne peut y avoir recherche d'un consentement en présence de mineurs n'étant pas dotés de discernement (les victimes avaient entre un an et demi et cinq ans !)¹⁷.

C'est bien pourtant cette question de la recherche par le juge pénal du consentement de jeunes enfants, parfois abusés par un adulte beaucoup plus âgé, qui a suscité dans l'opinion de légitimes interrogations.

Le législateur est alors intervenu, par deux fois, pour tenter de préciser les contours des incriminations.

La loi du 8 février 2010 institue un article 222-22-1 du code pénal aux termes duquel on apprend que « la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale », ce qui n'est pas une nouveauté, mais surtout que « la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». La chambre criminelle a jugé que l'un ou l'autre de ces termes suffit¹⁸. La contrainte morale sur mineur peut, en conséquence, résulter soit de la différence d'âge, soit de l'autorité exercée par l'auteur.

Mais la loi du 3 août 2018 a encore modifié cette disposition. D'une part elle ajoute la surprise à la contrainte ce qui aboutit à dire que contrainte et surprise peuvent être caractérisées, lors d'agression sexuelle sur mineur par les circonstances précitées. D'autre part elle énonce, s'agissant de l'autorité de fait, qu'elle peut « être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». Enfin, contrainte et surprise peuvent être caractérisées par « l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant

(13) Crim., 10 mai 2001, n° 00-87.659, Bull. crim., n° 116 ; RSC 2001. 808, obs. Y. Mayaud. V. encore : Crim., 14 nov. 2001, n° 01-80.865, Bull. crim., n° 239 ; D. 2002. 251.

(14) Crim., 1^{er} mars 1995, Bull. crim., n° 92 ; D. 1996. 241, obs. E. Malbrancq-Decourcelle ; JCP 1995. IV. n° 1623 ; Dr. pénal 1995, Comm. 171, obs. Véron.

(15) Crim., 11 juin 1992, Bull. crim., n° 228.

(16) Crim., 7 déc. 2005, n° 05-81.316, Bull. crim., n° 326 ; D. 2006. 175, obs. C. Girault ; *ibid.* 1649, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2006. 81, obs. C. Saas ; RSC 2006. 319, obs. Y. Mayaud.

(17) Pourtant le Conseil constitutionnel, dans son commentaire de sa décision n° 2014-448 du 6 févr. 2015 prétend que « par un arrêt du 7 décembre 2005 (05-81.316), la chambre criminelle est partiellement revenue sur cette jurisprudence ».

(18) Crim., 29 mai 2018, n° 18-81.530, NP.

pas du discernement nécessaire pour ces actes », mais uniquement lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans.

Le texte de l'article 222-22-1 du code pénal apparaît aujourd'hui comme le comble de la confusion juridique !

Non seulement le législateur est intervenu pour *définir la possible incrimination* par la détermination d'une autorité de droit ou de fait -ou d'une vulnérabilité dans le cas du mineur de moins de quinze ans-, qui constituent des *circonstances aggravantes de l'incrimination*, non seulement il évoque la circonstance de vulnérabilité pour les mineurs de moins de quinze ans alors que cette vulnérabilité constitue une autre circonstance aggravante avec laquelle la minorité ne peut se confondre, mais encore il tente, à côté de la caractérisation de la contrainte ou de la surprise par la différence d'âge, de définir l'autre circonstance, l'autorité de fait, par une « différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur »... Il y aurait donc une différence d'âge qui pourrait justifier la contrainte ou la surprise et une différence d'âge *significative* pouvant caractériser l'autorité de fait, cette dernière permettant de retenir la contrainte ou la surprise !

C'est pourtant manifestement en reprenant à son compte un avis du Conseil d'État que le législateur a introduit cette nouveauté. Saisi en effet du projet d'introduire dans le code pénal une présomption d'absence de consentement pour les mineurs de quinze ans, le Conseil d'État après avoir soulevé divers risques d'inconstitutionnalité sur lesquels nous reviendrons, a par ailleurs proposé, sans modifier les éléments constitutifs de l'infraction d'agression sexuelle ou de viol, d'ajouter à l'article 222-22-1 du code pénal une disposition selon

laquelle « lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise peuvent résulter de l'abus de l'ignorance de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à ces actes ».

Ce faisant, il s'est emparé de la décision rendue par le Conseil constitutionnel le 6 février 2015¹⁹, lorsqu'il a jugé que l'article 222-22-1 du code pénal n'était pas contraire à la Constitution. Le haut Conseil affirme en effet qu'en disant que la contrainte peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, « l'article 222-22-1 du code pénal a pour seul objet de désigner *certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte*. Elle n'a en conséquence pas pour objet de définir les éléments constitutifs de l'infraction ; il s'ensuit que, dès lors qu'il ne résulte pas de ces dispositions qu'un des éléments constitutifs du viol ou de l'agression sexuelle est, dans le même temps, une circonstance aggravante de ces infractions, ces dispositions ne méconnaissent pas le principe de légalité des délits ». Dans son commentaire, le Conseil explique que la loi contestée ne définit pas l'agression sexuelle comme une atteinte sexuelle commise par une personne plus âgée que la victime mineure, cette dernière étant placée sous son autorité de droit ou de fait. Si tel était le cas, il y aurait effectivement une vraie redondance entre la définition de l'infraction et la circonstance aggravante tirée de la minorité de la victime et de la situation d'autorité de l'auteur. Il y aurait là une incohérence entre la définition de l'agression sexuelle et celle de la circonstance aggravante.

(19) n° 2014-448 QPC ; D. 2015. 324 ; *ibid.* 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2015. 248, note E. Dreyer ; RSC 2015. 86, obs. Y. Mayaud .

C'est manifestement cette décision qui a inspiré au Conseil d'État l'avis ci-dessus rappelé.

On peut toutefois s'interroger sur le fait de savoir si cette analyse rend compte de la façon dont la règle *ne bis in idem* se pose devant les juridictions. Comment, par exemple, caractériser la contrainte alors qu'une adolescente de treize ans n'a jamais dit non au concubin de sa mère, qu'elle croyait aimer, et avec lequel elle a entretenu pendant plusieurs années des relations sexuelles ? La juridiction de jugement peut donc retenir au titre de la contrainte morale, en application de l'article 222-22-1 du code pénal « la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». Comment caractérisera-t-elle autrement les circonstances aggravantes ? Peu importe, à notre avis, que la définition rappelée ci-dessus ne soit pas un élément constitutif de l'infraction, mais seulement une possible explication de la contrainte, dès lors que les faits matériels sont les mêmes. Suffirait-il au législateur de définir une incrimination par certains termes plus ou moins précis, puis, dans un autre article, d'expliquer qu'ils peuvent être caractérisés de diverses façons, pour échapper à la règle *ne bis in idem*, en permettant de retenir des circonstances aggravantes qui, en termes factuels, ne font que reprendre ceux déjà évoqués pour caractériser l'infraction ?

Ajoutons à cela que la minorité qualifiée de la victime et la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité sur la victime font partie des éléments constitutifs de

l'atteinte sexuelle tandis qu'ils constituent des circonstances aggravantes du viol ou des agressions sexuelles autres que le viol et qu'enfin, dans le cadre des atteintes sexuelles, la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité constitue une circonstance aggravante dans le cas où le mineur a moins de quinze ans²⁰ tandis qu'elle constitue un élément constitutif de l'infraction dans l'hypothèse où le mineur a plus de quinze ans²¹. N'est-il pas temps pour le législateur de remettre à plat cette articulation ?

L'ajout de circonstances aggravantes joue un effet pervers : dès lors que le législateur institue un fait comme circonstance aggravante, ce fait ne peut plus servir à caractériser l'infraction elle-même. Ainsi, l'ajout récent de la vulnérabilité économique devrait-elle empêcher le juge de motiver de cette façon le cœur de l'incrimination. Or, on a vu récemment une cour d'appel motiver sa décision par le fait que « la contrainte morale résulte d'une part de la différence d'âge existant entre M. X, âgé de 48 ans au moment des faits, et la victime, âgée de 14 puis 15 ans, d'autre part de la *situation de précarité familiale et économique de la victime*, en situation irrégulière sur le territoire français, puis mineur isolé après l'expulsion de sa mère, finalement confié à l'Aide Sociale à l'Enfance au motif que la présence d'un oncle ne pouvait être considérée comme une structure familiale sécurisante et enfin de l'absence de toute ressource financière du mineur qui, confronté aux nécessités de la vie quotidienne, s'est vu contraint de céder aux avances de M. X moyennant rémunération ». La chambre criminelle a rejeté le pourvoi au motif qu'en l'état de son appréciation souveraine, la cour d'appel, qui a déduit des conditions d'existence de la victime

(20) C. pén., art. 227-25 et 227-26-1°.

(21) C. pén., art. 227-27.

au moment des faits, la caractérisation d'un élément de contrainte, a justifié sa décision²².

Dans cette affaire, les faits étaient anciens. Depuis, la loi 3 août 2018 a introduit dans l'article 222-24 du code pénal un 3^obis, nouvelle circonstance aggravante lorsque le viol est commis « sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de l'auteur ». Les juridictions du fond pourront-elles continuer, sans violer la règle *ne bis in idem*, à caractériser ainsi l'infraction, alors que, dans ce type de cas, le législateur a fait de la dépendance économique une circonstance aggravante ? Cer-

taines juridictions en tirent avec raison des conséquences sur l'impossibilité de retenir la circonstance aggravante. Ainsi, dans une décision rendue par la cour d'appel d'Angers, cassée pour d'autres motifs, les juges énoncent que « la circonstance aggravante de personne ayant autorité sur la victime doit être écartée, cette autorité de fait étant un élément constitutif de la contrainte »²³.

Lorsque la sénatrice Valérie Boyer suggère, dans une proposition de loi, d'ajouter aux quatre critères traditionnels celui de « l'état de sidération psychique de la victime », cela ne rend-il pas plus complexe la caractérisation de la circonstance aggravante de vulnérabilité ?

II - De la nécessité de définir le viol par l'absence d'un consentement libre et éclairé

Il est nécessaire de mettre un terme aux imprécisions jurisprudentielles, les tribunaux décidant, de temps à autre, de la nécessité d'une affirmation claire des critères définis par l'article 222-23, ou tentant parfois au mieux de les faire coïncider avec l'absence de consentement libre et éclairé (A). La modification de la définition du viol apparaît dès lors nécessaire (B). Elle permettra de traiter enfin la question de la présomption d'absence de consentement (C).

A - Des hésitations jurisprudentielles dans l'application des textes actuels

La définition actuelle du viol porte comme conséquence la cassation régu-

lière des décisions qui omettent de préciser les éléments légaux de l'infraction. Est ainsi censuré un arrêt dont les énonciations ne caractérisent pas en quoi les agressions sexuelles auraient été commises avec violence, contrainte, menace ou surprise²⁴. Ou encore celui d'une cour d'appel qui n'a pas justifié sa décision, faute d'avoir caractérisé « en quoi les attouchements sexuels auraient été commis avec violence, contrainte, menace ou surprise »²⁵, ces deux décisions étant intervenues en 2019 !

Mais, parallèlement, la jurisprudence de la Cour de cassation montre aussi que la question du consentement est centrale. Dans une décision du 20 juin 2001, la chambre criminelle juge que « l'absence totale de consentement de la victime, élément constitutif de l'agres-

(22) Crim., 4 sept. 2019, n° 18-84.334, NP, RSC 2019. 812, obs. Y. Mayaud.

(23) Crim., 8 janv. 2020, n° 19-80.612, NP.

(24) Crim., 23 janv. 2019, n° 17-87.393, NP.

(25) Récemment : Crim., 4 sept. 2019, n° 18-83.467, NP, RSC 2019. 812, obs. Y. Mayaud.

sion sexuelle, doit être caractérisée pour que *l'infraction soit constituée* »²⁶.

La jurisprudence évolue aussi pour donner aux critères légaux une quasi-équivalence avec l'absence de consentement. Par exemple, la chambre criminelle casse un arrêt de non-lieu d'une chambre de l'instruction, rendu au bénéfice d'une personne mise en examen, poursuivie pour être entrée en contact avec des jeunes femmes en se faisant passer pour un homme jeune, à la physionomie avenante certifiée par des photographies, puis avoir imaginé une première rencontre sexuelle où les deux partenaires seraient masqués. Le rapport consommé, la plaignante avait découvert « un vieil homme, à la peau fripée et au ventre bedonnant ». La chambre criminelle énonce que l'emploi d'un stratagème destiné à dissimuler l'identité et les caractéristiques physiques de son auteur pour surprendre le consentement d'une personne et obtenir d'elle un acte de pénétration sexuelle constitue la surprise au sens de la loi²⁷. Si la Cour de cassation ne pouvait faire autrement que de placer sa décision sous l'enseigne de la surprise, c'est bien en réalité *la nature du consentement qui était étudié* : pour ne pas être vicié, le consentement doit être libre et éclairé. Comme l'écrit M^{me} Malabat, « le consentement surpris est donc celui qui est donné, à la différence du consentement forcé par la violence, la contrainte ou la menace, mais *qui n'est pas donné en connaissance de cause*, qui manque de lucidité »²⁸. Ce n'était d'ailleurs pas la première fois que la chambre criminelle jugeait qu'un stratagème caractérise la surprise²⁹ : celle-ci peut même résulter d'un plan de séduction mis en œuvre

par l'auteur d'une agression sexuelle sur un mineur âgé de quinze ans³⁰ ; dans ce cas d'espèce, la chambre criminelle avait retenu l'existence de manœuvres participant d'un plan d'ensemble destiné à déstabiliser la victime et à surprendre son consentement³¹.

B - Du consentement en droit pénal et de sa possible inscription au cœur de l'incrimination des abus sexuels

En principe, en droit pénal, le consentement de la victime n'est pas exonératoire. Il n'en va différemment que lorsque ce consentement supprime l'un des éléments de l'infraction. Par exemple dans le cas de vol, où le délit ne peut exister que si le dessaisissement n'est pas volontaire. Lorsque l'incrimination suppose que l'acte soit accompli contre le gré de la personne, son accord fait disparaître l'un des éléments constitutifs de l'infraction. C'est le cas du viol. C'est dans ce cadre que l'absence de consentement pourrait s'inscrire.

Nous avons depuis longtemps proposé que notre système épouse celui d'autres pays proches³², en évoquant par exemple celui de la Belgique qui prévoit que « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol ». Nous indiquerons un peu plus loin les termes de notre proposition, légèrement différente³³.

Le 25 avril 2018, Amnesty International a communiqué l'information selon laquelle

(26) Crim., 20 juin 2001, n° 00-88.258, NP.

(27) Crim., 23 janv. 2019, n° 18-82.333, Bull. crim., n° 25.

(28) V. Malabat, *Droit pénal spécial*, 4^e éd., 2009, Hypercours, Dalloz, n° 303.

(29) V. Crim., 11 janv. 2017, préc.

(30) Crim., 22 janv. 1997, n° 96-80.353, Bull. crim., n° 22.

(31) RSC 1998. 325, obs. Y. Mayaud.

(32) Ch. Guéry, *L'inceste : étude de droit pénal comparé*, D. 1998. 47 ; V aussi : *Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste*, AJ pénal 2010. 126.

(33) V. *infra* p. 14.

neuf pays sur les trente-trois de l'espace économique européen, en prenant en compte séparément les trois systèmes juridiques du Royaume-Uni, reconnaissent la définition selon laquelle un rapport sexuel sans consentement est un viol. L'Angleterre et le pays de Galles, l'Écosse, l'Irlande du Nord et la République d'Irlande, ainsi que la Belgique, Chypre, le Luxembourg et l'Allemagne ont tous adopté des définitions fondées sur le consentement. Or, la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, dite Convention d'Istanbul, oblige ses signataires à ériger en infraction *tous les actes à caractère sexuel non consentis*. Elle a été ratifiée par plus de 20 États européens mais la majorité d'entre eux n'ont toujours pas modifié leur définition juridique du viol. Par ailleurs, le 19 novembre 2019, un organe du Conseil de l'Europe, le Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Gre vio) a pointé du doigt des lacunes françaises, notamment que « la définition des agressions sexuelles et du viol ne repose pas sur l'absence d'un consentement libre mais exige le recours à la violence, contrainte, menace ou surprise ». Nous ne proposons donc pas autre chose que la mise en conformité de notre législation avec des principes reconnus au niveau européen.

D'autres législations sont plus rigoureuses encore. En Suède, il est interdit à deux personnes de s'engager dans une relation sexuelle dès lors que l'une d'elles n'aurait pas exprimé verbalement son souhait d'y participer ou activement contribué à son déroulement. En Californie, sur les campus universitaires, la loi exige un consentement sexuel « affirmatif, conscient et volontaire », et un

guide de bonnes pratiques énonce que les participants doivent recueillir, tout au long du rapport sexuel, le consentement explicite de l'autre ou des autres participants, qu'une absence de résistance ou le silence ne permet pas de présumer !³⁴

En effet, le consentement n'est pas toujours un acte de parole ; le non-consentement non plus, et qui ne dit mot ne consent pas toujours. Le consentement peut être explicite mais naître aussi d'un consensus implicite.

Le mot consentir possède deux sens³⁵. Le premier, fort, est celui qui prône l'autonomie de la volonté ; c'est une affirmation d'adhésion à une proposition. C'est une acceptation qui exprime un mouvement vers une proposition extérieure à soi, supposant une adhésion prise à l'issue d'une délibération.

Le second sens du consentement est faible, il peut s'agir d'un geste de compromis, d'asservissement non spontané, d'une soumission. Au lieu d'accepter, on supporte, on se soumet, on cède.

Or, céder n'est pas consentir. Et le slogan selon lequel « quand c'est non, c'est non » ne suffit plus à rendre compte de la complexité des situations dans lesquelles peuvent se trouver les victimes : l'enfant de dix ans peut ne pas dire « non », la femme menacée d'être abandonnée dans les bois, la nuit, peut ne pas dire « non », la victime endormie n'a pas même l'occasion de s'exprimer.

Il en est ainsi dans tous les cas où la victime se trouve dans un état de vulnérabilité. « La vulnérabilité c'est précisément cet infime interstice par lequel des profils psychologiques tels que celui de

(34) *Senate Bill n° 967*, Approved by Governor September 28, 2014, sect. 1.a (1), (2) and (4^o), cité par l'éclairant article de J. Portier et F. Sobry, *L'importance d'être consentant : les enjeux d'une exigence de consentement sexuel explicite en droit pénal français*, AJ pénal 2019. 431, qui étudient la situation en Californie, en Suède et au Canada.

(35) Sur cette question on peut voir G. Fraisse, *Du consentement*, 2007.

G. peuvent s'immiscer. C'est l'élément qui rend la notion de consentement si tangente » écrit Vanessa Springora³⁶.

Entre un sens positif d'adhérer et un sens négatif de subir, le juge doit définir, dans chaque cas d'espèce, de quel espace de liberté il est question.

Le consentement donné doit être libre et éclairé : « la liberté plus le savoir, la volonté individuelle agissant en pleine connaissance, n'est-ce pas l'idéal du patient, du consommateur et finalement du citoyen »³⁷.

Et c'est lorsqu'on aura inscrit le consentement au cœur de l'infraction que l'on pourra poser la présomption de son absence.

C - La question de la présomption d'absence de consentement

Si le consentement se veut acte de raison, il ne vaut que par son expression, seule de nature à permettre à celui qui le reçoit d'en avoir la connaissance. On a dit pourtant que, dans certaines situations factuelles, le consentement pouvait être implicite.

Mais il est aussi un domaine où c'est l'absence de consentement qui doit être présumé, celui qui met en scène, comme l'un des protagonistes, un jeune mineur.

Des propositions de lois récentes déposées au Sénat reprennent une vieille idée, très largement avancée lors de la discussion de la loi du 3 août 2018, celle d'instaurer une présomption de non-consentement pour un mineur. L'âge retenu était celui de quinze ans.

Cette possibilité est très largement utilisée en Europe ou ailleurs. Est-il utile de rappeler encore que la plupart des législations connaissent une présomption d'absence de consentement, que la limite en soit fixée à 12 ans en Espagne ou aux États-Unis, à 14 ans en Belgique, en Italie et en Allemagne, à 15 ans au Danemark et 16 ans en Suisse, en Angleterre, au Pays de Galles.

Elle a été abandonnée par le gouvernement après un avis du Conseil d'État du 15 mars 2018³⁸, déjà mentionné plus haut.

Le Conseil d'État a en effet estimé que la formule selon laquelle le viol serait caractérisé lorsque « le majeur connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime », ne définissait pas suffisamment l'élément intentionnel du crime réprimé. Le Conseil d'État écrit « Dans l'hypothèse, par exemple, d'une relation sexuelle qui serait librement décidée entre un mineur de 17 ans et demi et une adolescente venant d'avoir 14 ans et qui se poursuivrait de manière habituelle, pendant plusieurs mois au-delà de la première rencontre, – relation licite au regard du code pénal même si elle comporte des actes de pénétration sexuelle –, la disposition envisagée conduit à ce que le premier soit, dès ses dix-huit ans et alors que rien ne vient modifier son comportement, passible d'un crime de viol pouvant le renvoyer devant la cour d'assises : cette qualification sera d'autant plus automatique qu'il sera facilement démontré, s'agissant d'une relation suivie, qu'il "connaissait l'âge de la victime ou ne pouvait l'ignorer" ». Il existe plusieurs arguments qui peuvent modérer ce constat. D'abord, dans la perspective de la création d'une présomption simple et non irréfragable, la seule qui soit envisageable à notre avis, le jeune majeur

(36) *Le consentement*, Grasset, 2020, p. 163.

(37) G. Fraisse, *Du consentement*, op. cit., p. 95.

(38) Avis sur le projet de loi Séance du jeudi 15 mars 2018 - n° 394437. V not. L. Saenko, La présomption de non-consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles : le retour ?, D. 2020. 528.

n'aurait guère de mal à prouver que la jeune fille était consentante, la relation ayant débuté plusieurs mois auparavant et l'intéressée continuant, par hypothèse, à certifier de l'existence de ce consentement. La présomption peut poser en effet des difficultés s'agissant de la liberté sexuelle de jeunes adolescentes, de sorte que de nombreux pays ont imposé un *écart minimum dans les âges des différents protagonistes* pour que la présomption puisse jouer. Ainsi, des relations sexuelles avec un mineur ne peuvent être punies si la différence d'âge n'est pas supérieure à deux ans en Autriche, à trois ans en Suisse, quatre ans aux États-Unis, etc... Le deuxième obstacle relevé par le Conseil d'État pourrait aisément être résolu³⁹. Le troisième écueil était plus sérieux : le projet de loi laissait subsister la circonstance aggravante de minorité de moins de quinze ans alors même que la présomption de non-consentement était applicable aux mineurs de moins de quinze ans et, qu'en conséquence, elle était un élément constitutif de l'infraction.

Il n'est en réalité nullement obligatoire d'imaginer un texte qui ferait de la minorité de quinze ans un élément constitutif de l'infraction. Il suffit d'établir une *règle probatoire* applicable, par exemple, aux faits commis sur un mineur de quinze ans par un majeur, ou si l'on préfère pouvoir poursuivre également les mineurs en ayant recours à une telle présomption, aux faits commis sur un mineur de quinze ans par une personne âgée d'au moins 3, [4 ou 5 ?] ans de plus qu'elle au moment de la commission des faits.

La définition du viol pourrait ainsi être libellée : « Tout acte de pénétration sexuelle commis à l'encontre d'une personne qui n'a pas donné, librement et en connaissance de cause, son consentement, est un viol ». Les raisons qui président à cette proposition s'opposent à d'autres ayant pu récemment être émises⁴⁰.

On pourrait trouver dans les premières circonstances aggravantes, à classer dans celles dites du *modus operandi* 1°) lorsqu'il est commis avec violences, 2°) lorsqu'il a été précédé, accompagné ou suivi de menaces... Deux des termes actuels de la loi pourraient en effet parfaitement constituer des circonstances aggravantes.

On trouverait enfin la règle probatoire :

« L'absence de consentement du mineur de moins de quinze ans est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque les faits sont commis par un majeur ».

ou

« L'absence de consentement du mineur de moins de quinze ans est présumée jusqu'à preuve contraire lorsque les faits sont commis par une personne ayant 3, [4, ou 5 ?] ans de plus que la victime au moment des faits ».

On pourrait ainsi concevoir une circonstance aggravante et une règle probatoire sans entrer en conflit avec la règle *ne bis in idem*.

(39) Il s'agit de la question du maintien de l'article 227-25 du code pénal, c'est-à-dire de la poursuite des atteintes sexuelles qui ne supposent également aucune violence, contrainte, menace ou surprise de sorte que deux textes seraient alors applicables : il suffirait de revoir la rédaction de cet article pour le mettre d'une part en corrélation avec le principe de non consentement introduit, d'autre part pour ne lui donner qu'une part résiduelle exclusive de la possibilité d'une double poursuite.

(40) Ainsi, celle de J. Portier et F. Sobry, L'importance d'être consentant : les enjeux d'une exigence de consentement sexuel explicite en droit pénal français, AJ pénal 2019. 431, selon laquelle : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise, ou commise sur une personne sans son consentement explicite. » ne semble pas mettre un terme à la confusion entre définition de l'infraction et circonstances aggravantes, dénoncée ici.

Conclusion

Le législateur croit faciliter la répression du viol en accumulant les circonstances aggravantes. Nombre d'entre elles, notamment celles de *modus operandi*, tels l'usage ou la menace d'une arme, la prise de contact par un moyen de communication électronique, l'administration d'une substance pour altérer le discernement, par exemple, apparaissent plus comme des éléments permettant de caractériser l'infraction que comme des circonstances de nature à l'aggraver. De même, la vulnérabilité économique ou personnelle de la victime, l'abus d'autorité conféré par les fonctions sont des éléments qui expliquent l'absence de consentement. On pourrait donc décider également, - mais est-ce dans l'air du temps- ? de se dispenser de nombreuses circonstances aggravantes, dont l'introduction dans le code pénal apparaît conjoncturelle et sans véritable fondement. En effet, même si on changeait la définition du viol dans le sens proposé ici, ces circonstances aggravantes seraient toujours de nature à créer une difficulté entre la preuve de l'incrimination et celle de circonstances aggravantes, la règle *ne bis in idem* s'appuyant sur l'inclusion d'un même fait matériel dans les motivations retenues par les juridictions du fond.

Il sera néanmoins plus aisé pour la juridiction de s'attacher dans un premier temps à caractériser l'existence ou non d'un consentement, avant de prendre en compte les circonstances aggravantes tirées de la qualité de l'auteur, de celle de la victime, du *modus operandi* ou des conséquences. L'exercice pratique est beaucoup plus simple, et la complexité de l'infraction de viol serait ainsi reconnue en ce qu'elle porte principalement non pas sur la façon dont elle est exécutée, mais sur l'absence du consentement de la victime.

Il est indispensable de rappeler toutefois que la présomption d'innocence s'inscrit aussi comme un principe intangible de notre démocratie. Ce n'est pas parce que la victime est un enfant ou parce que la plaignante fait valoir sa plainte sur les réseaux sociaux que les exigences du droit de la preuve ne s'inscrivent pas de la même façon comme exigence fondamentale. En ce sens, en dehors de l'introduction dans notre droit de la présomption précitée, la redéfinition proposée ne peut avoir pour effet d'inverser la charge de la preuve.

Il fut un temps où le viol pouvait être caractérisé par la violence, la contrainte, les menaces ou la surprise parce qu'il s'agit de circonstances qui entravent la liberté ; entravant la liberté, elles annihilent la possibilité de l'expression de la volonté, donc du consentement.

Mais cette définition a pour effet de reléguer l'absence de consentement comme conséquence des comportements incriminés.

Il est proposé de placer la liberté individuelle, sous l'image du consentement, au centre du dispositif. Le consentement comme exigence à une relation sexuelle est une référence positive, qui sert à se détourner de la catégorie de victime, et qui fonde l'incrimination sur la liberté du consentement individuel. Évaluer cette liberté, c'est peser la valeur de ce consentement, comme élément essentiel de l'exigence démocratique.

Il est temps que le droit reprenne sa place pour consacrer cette évolution des mœurs : on crée le crime en le nommant.