

Master 2 Droit pénal approfondi

Dirigé par Jean-Christophe SAINT-PAU et Olivier DECIMA

LE CONSENTEMENT À UN ACTE SEXUEL

Par Elisa GIARETTA

Sous la direction de Jean-Christophe SAINT-PAU

*Professeur à l'Université de Bordeaux, Doyen de la faculté de droit, Directeur
de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*

Année Universitaire 2020-2021

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tous ceux qui ont contribué à la rédaction de ce mémoire par leurs paroles, leurs témoignages ou leurs écrits et qui m'ont permis de le mener à bien.

Tout d'abord, à mon Directeur de mémoire, Monsieur Jean-Christophe SAINT-PAU, pour sa disponibilité et son investissement. L'élaboration de ce travail de recherche n'aurait pas été la même sans ses précieux conseils.

À Maître Adrien PUJOL qui, lors de mon stage, m'a confié l'analyse de la défense pénale d'un dossier en matière d'infractions sexuelles.

À tous les Professeurs du Master 2 Droit pénal approfondi, pour le partage de leur savoir et de leurs connaissances, notamment Messieurs les Directeurs, Jean-Christophe SAINT-PAU et Olivier DECIMA.

À ma mère, mon père et ma sœur pour la relecture et leurs encouragements. À Anaëlle, Charlotte et Lolita qui, en plus d'être des camarades de classe, sont devenues des amies. À l'ensemble de la promotion, je vous remercie.

SOMMAIRE

CHAPITRE 1 : L'INTRODUCTION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL AU REGARD DU DROIT SUBSTANTIEL

- I. Les difficultés de la formalisation explicite du consentement sexuel en termes de valeurs**
 - A) Les difficultés au regard de la valeur symbolique
 - B) Les difficultés au regard de la valeur sociale protégée

- II. Les difficultés de la formalisation explicite du consentement sexuel en termes d'élément constitutif**
 - A) Les difficultés au regard des éléments constitutifs des infractions contre les majeurs
 - B) Les difficultés au regard des éléments constitutifs des infractions contre les mineurs

CHAPITRE 2 : L'INTRODUCTION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL AU REGARD DU DROIT PROCEDURAL

- I. La problématique de la preuve négative de l'absence de consentement au regard de la victime**
 - A) La difficulté de la preuve d'un fait négatif par la victime
 - B) La position procédurale de la victime dans le procès pénal

- II. La problématique de la preuve positive du consentement par l'auteur**
 - A) La charge de la preuve du consentement de la victime confrontée à la présomption d'innocence
 - B) L'objet de la preuve du consentement de la victime

INTRODUCTION

1. Ambiguïté. - Selon Danièle MAYER, l'absence de consentement est « *le pivot de l'incrimination*¹ » des violences sexuelles. Voilà toute l'ambiguïté de ces infractions pour lesquelles le consentement sexuel n'est pas un élément constitutif mais apparaît pourtant au cœur de ces dernières.

2. Définition du consentement. - Le consentement est une notion complexe. Il est entendu, dans le langage courant, comme le fait de donner son accord à une action ou à un projet². Provenant du latin *cum-sentire* qui signifie « sentir avec », le consentement renvoie à l'idée d'une conformité, d'une uniformité d'opinion³. Cette définition du consentement laisse penser que c'est une notion soumise à un échange entre plusieurs personnes qui donnent leur accord à une même chose.

3. Domaine intellectuel du consentement. - Le consentement peut être appréhendé à travers deux domaines. D'une part, le domaine intellectuel pour lequel le consentement « *est l'acceptation totale ou réfléchie d'une valeur reconnue comme vraie ou existante*⁴. » Considérer le consentement comme une acceptation totale ou réfléchie revient à l'analyser comme l'autonomie personnelle⁵. Or, l'acte sexuel relève-t-il d'une autonomie ou d'une envie spontanée et momentanée ? L'acte sexuel ne renvoie-t-il pas à la passion, au désir ?

4. Domaine moral du consentement. - D'autre part, le domaine moral entend le consentement comme « *l'acte libre de la pensée par lequel on s'engage entièrement à accepter ou à accomplir quelque chose*⁶. » Cette définition renvoie à la notion d'engagement en droit civil. Toutefois, l'acte sexuel ne doit pas être appréhendé comme un acte juridique, légal mais comme un acte libre de pensée⁷. Cette deuxième hypothèse se rapproche du discernement qui est la faculté d'apprécier sainement les choses⁸. C'est « *la capacité de l'esprit de distinguer ce*

¹ D. MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », Recueil Dalloz, 1981, n° 37, p. 283-285

² « Consentement », Dictionnaire Larousse

³ « Consentement », Cairn.info

⁴ « Consentement », Centre national de ressources textuelles et lexicales

⁵ B. LACROIX, « Lecture du consentement sexuel sous le prisme de l'adolescence », Mémoire, Faculté de droit et de Criminologie, Université catholique de Louvain

⁶ *Ibidem*

⁷ B. LACROIX, *op. cit.*

⁸ « Discernement », Dictionnaire Larousse

*qui est bien, vrai, permis, de ce qui est mal, faux, défendu*⁹. » Ainsi, les notions de discernement et de consentement sont intimement liées puisque la première est un préalable à la seconde. Pour donner son consentement valablement, faut-il encore être doté de discernement.

5. Définition du consentement en droit civil. - D'un point de vue juridique, le consentement est « *la volonté d'engager sa personne ou ses biens ou les deux à la fois*¹⁰. Il revêt plusieurs significations. En droit civil, le consentement intervient dans la création d'un acte juridique et se comprend comme l'acceptation par une partie de la proposition faite par l'autre¹¹. En la matière, le consentement implique nécessairement l'idée d'une contractualisation dès lors qu'il est une condition de validité d'un contrat. En effet, pour qu'un contrat soit valablement conclu, le consentement des parties doit être libre et éclairé, c'est-à-dire non vicié : il ne doit pas y avoir d'erreur, de dol ou de violence. Cette définition du consentement laisserait penser que les relations sexuelles possèdent une valeur marchande. Or, la conception française refuse de faire entrer les rapports sexuels dans le champ des relations contractuelles licites. Le Code civil offre une large place au consentement qui est prévu dans une sous-section 1 intitulée « Le consentement ». En effet, bien qu'il ne définisse le consentement que de façon négative en se limitant à énumérer les cas où le défaut de consentement constitue une cause de nullité du contrat, le Code civil pose un principe général selon lequel « *il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat*¹². » En droit civil, le consentement est assez proche du discernement et de la condition de santé d'esprit.

5. Définition du consentement en droit pénal. - En droit pénal, le consentement ne fait pas l'objet d'une définition générale. Il est utilisé par le législateur dans différentes incriminations au titre des éléments constitutifs sans pour autant être défini. A titre d'exemple, on le retrouve dans l'infraction d'espionnage audio-visuel de la vie privée (article 226-1¹³), de

⁹ MAINE DE EBRIAND, *Journal*, 1819, p.207

¹⁰ « Consentement », Dictionnaire juridique

¹¹ T. DEDARD, S. GUINCHARD, *Lexique des termes juridiques*, Dalloz, édition 28

¹² Article 1129 Code civil : « conformément à l'article 414-1, il faut être sain d'esprit pour consentir valablement à un contrat »

¹³ Article 226-1 Code pénal : « est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : 1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ; 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé. 3° En captant, enregistrant ou transmettant, par quelque moyen que ce soit, la localisation en temps réel ou en différé d'une personne sans le consentement de celle-ci »

voyeurisme (article 226-3-1¹⁴), d'interruption illégale de grossesse (article 223-10¹⁵) ou encore de prélèvement illégal d'un organe (article 511-3¹⁶). Si l'on voit que le consentement est une notion qui renvoie plutôt aux infractions contre les personnes, aucune autre indication ne permet de dégager une définition commune dans le Code à l'instar du consentement en droit civil. Selon nous, le consentement en tant qu'élément constitutif d'une infraction doit être entendu dans son acceptation la plus simple : si une infraction est réalisée en l'absence de consentement de la victime c'est qu'elle l'est sans son accord. C'est justement parce que la victime n'a pas donné son accord que l'auteur commet un acte répréhensible.

6. Consentement sexuel. - Toutefois, il existe également des infractions pour lesquelles le consentement n'est pas explicitement prévu par le texte mais semble tout de même présent : ce sont les infractions sexuelles. Le consentement sexuel est une notion d'origine anglo-saxonne qui a émergé tardivement dans les années 1980. Avant cela, les femmes étaient considérées comme des biens appartenant à un homme (le père ou le mari) et la question de leur consentement sexuel ne se posait pas. Le consentement sexuel est entendu comme l'accord libre et éclairé que les personnes se donnent mutuellement pour qu'une activité sexuelle ait lieu entre elles. Il est donné à une ou plusieurs personnes déterminées au moment d'avoir une relation sexuelle. Ce consentement doit être mutuel, il implique une réciprocité puisque que l'autre personne concernée doit également donner cet accord.

7. Évolution du consentement sexuel. - La définition juridique du consentement a fait l'objet d'une évolution importante mise en exergue par Irène THÉRY dans sa thèse des « trois révolutions du consentement¹⁷. » Elle repose sur l'idée du passage d'un « *ordre matrimonial dans lequel c'est le statut matrimonial des personnes qui opère la distinction entre le permis et l'interdit sexuel à une norme procédurale dans laquelle c'est le consentement qui*

¹⁴ Article 226-3-1 Code pénal : « le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'1 an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende »

¹⁵ Article 223-10 Code pénal : « l'interruption de la grossesse sans le consentement de l'intéressée est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 d'amende »

¹⁶ Article 511-3 Code pénal : « le fait de prélever un organe sur une personne vivante majeure, y compris dans une finalité thérapeutique, sans que le consentement de celle-ci ait été recueilli dans les conditions prévues au quatrième alinéa de l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ou sans que l'autorisation prévue aux deuxième et sixième alinéas du même article ait été délivrée est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000€ d'amende »

¹⁷ I. THÉRY, « Les trois révolutions du consentement : Pour une approche socio- anthropologique de la sexualité », In XXXIIIe colloque français de criminologie. Actes. Dalloz. pp. 29-51

départage les relations autorisées et les relations prohibées¹⁸. » Irène THÉRY distingue deux types de consentement : le consentement « situationnel » qui fait référence aux notions de violence, menace, contrainte, surprise et le consentement « statutaire » qui est lié à la catégorie de victime comme la victime mineure par exemple¹⁹.

8. Définition de l'acte sexuel. - L'acte sexuel, quant à lui, est un acte « *relatif au sexe, à la différence biologique entre mâle et femelle*²⁰. » C'est un acte qui présente une nature sexuelle appréhendée soit au regard de l'auteur soit de la victime. Le caractère sexuel de l'acte se détermine généralement en raison de la partie sexuelle du corps. En ce sens, enfoncer un stylo dans l'oreille d'une personne sans son consentement n'est pas un viol contrairement à la pénétration dans le vagin d'une femme. Au-delà de ce qui est génitalement ou scientifiquement qualifié de sexuel, la jurisprudence a tendance à retenir l'acte sexuel commis sur les zones érotiques comme la bouche. Ainsi, l'acte sexuel suppose nécessairement un contact physique soit d'une personne sur elle-même soit entre deux ou plusieurs personnes. Comme l'acte est une manifestation concrète d'une activité, il ne peut pas renvoyer simplement à une pensée, une idée ou une envie. Dès lors, le consentement ou l'absence de consentement à un acte sexuel ne peut être recherché qu'en cas de contact physique entre deux personnes ou plus.

9. Infractions sexuelles morales. - A ce titre, la question du consentement sexuel dépend de la nature de l'infraction sexuelle. En effet, il existe de nombreuses infractions sexuelles prévues dans le Livre II « des crimes et délits contre les personnes », Titre II « des atteintes à la personne humaine », Chapitre II « des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », Section III « du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles ». La doctrine²¹ sépare ces infractions en deux catégories : les infractions sexuelles physiques et morales. Certaines infractions sexuelles telles que l'exhibition²² ou le harcèlement sexuel²³ ne supposent pas de contact physique : ce sont donc des infractions sexuelles morales. Ici, le caractère répréhensible de l'acte ne réside pas dans l'absence de consentement de la victime à

¹⁸ M. ROMEO, Le traitement juridique des délits sexuels sur mineurs, une enquête de sociologie judiciaire et législative. Anthropologie sociale et ethnologie. EHESS, 2018. Français. tel-02145378

¹⁹ I. THÉRY, *op. cit.*

²⁰ « Sexuel » : Dictionnaire Larousse

²¹ J.C SAINT PAU, Cour Magistral Master 1 Droit pénal et sciences criminelles, Université de Bordeaux

²² Article 222-32 Code pénal : « l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000€ d'amende »

²³ Article 222-23 Code pénal : « le harcèlement sexuel est le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante »

l'acte sexuel mais dans la publicité de l'acte ou dans la répétition de propos ou comportements à connotation sexuelle qui portent atteinte à la dignité de la victime. Ainsi, les infractions sexuelles morales ne relèvent pas de la question du consentement sexuel de la victime.

10. Infractions sexuelles physiques. - Au contraire, les infractions sexuelles physiques posent la question de la présence ou de l'absence du consentement à l'acte sexuel. On retrouve au sein de cette catégorie le viol et les autres agressions sexuelles. D'une part, il existe plusieurs infractions de viol qui supposent toutes une pénétration : le viol (article 222-23²⁴), le viol commis par un majeur sur un mineur lorsque la différence d'âge est au moins cinq ans de (article 222-23-1²⁵), le viol incestueux (article 222-23-2²⁶). D'autre part, nous retrouvons les autres agressions sexuelles qui, elles, ne sont pas soumises à l'existence d'une pénétration mais constituées en cas d'attouchements : l'agression sexuelle (définie à l'article 222-22²⁷ et incriminée à l'article 222-27²⁸), l'agression sexuelle sur un tiers (article 222-22-2²⁹), l'agression sexuelle commise par un majeur sur un mineur de 15 ans lorsque la différence d'âge est d'au moins cinq ans (article 222-29-2³⁰) et l'agression sexuelle incestueuse de (article 222-29-3³¹).

11. Infractions sexuelles spécifiques aux mineurs. - A côtés de ces diverses dispositions incriminant le viol et les autres agressions sexuelles, le Code pénal prévoit des

²⁴ Article 222-23 Code pénal : « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle »

²⁵ Article 222-23-1 Code pénal : « hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue également un viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans »

²⁶ Article 222-23-2 Code pénal : « hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue un viol incestueux tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait »

²⁷ Article 222-22 Code pénal : « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur »

²⁸ Article 222-27 Code pénal : « les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000€ d'amende »

²⁹ Article 222-22-2 Code pénal : « constitue également une agression sexuelle le fait d'imposer à une personne, par violence, contrainte, menace ou surprise, le fait de subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers ou de procéder sur elle-même à une telle atteinte »

³⁰ Article 222-29-2 Code pénal : « hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue également une agression sexuelle punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans »

³¹ Article 222-29-3 Code pénal : « hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue une agression sexuelle incestueuse de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait »

infractions spécifiques applicables aux mineurs dans le Livre II « des crimes et délits contre les personnes », Titre II « des atteintes à la personne humaine », Chapitre VII « des atteintes aux mineurs et à la famille », Section V « de la mise en péril des mineurs », Paragraphe 2 « des infractions sexuelles commises contre les mineurs ». On y retrouve les infractions sexuelles physiques suivantes : l'atteinte sexuelle sur un mineur de 15 ans (article 227-25³²), l'atteinte sexuelle sur un mineur de plus 15 ans (article 227-27³³), les atteintes sexuelles qualifiées d'incestueuses (article 227-27-2-1³⁴). On comprend naturellement que les mineurs fassent l'objet d'une protection accrue concernant les violences sexuelles et que le législateur incrimine des comportements particuliers à leur égard.

12. Consentement sexuel absent de la loi. - En droit pénal français, peu importe la nature de l'infraction ou la qualité de l'auteur ou de la victime, une chose est certaine : le consentement sexuel n'est pas un élément constitutif des infractions sexuelles. En effet, le législateur français a fait le choix de définir négativement le consentement sexuel par la référence à la violence, contrainte, menace, surprise. Un viol ou une autre agression sexuelle ne peut être constitué sans l'utilisation de l'un de ces quatre procédés qui démontrent l'absence de consentement de la victime et l'intention de l'auteur. Le droit français manifeste une certaine méfiance vis-à-vis du consentement sexuel dont la présence ou l'absence peut être complexe à prouver. Dès lors, il convient de souligner la singularité de la loi française par rapport à d'autres législations. A ce titre, le législateur canadien fait de l'existence et de la validité du consentement les éléments principaux des infractions sexuelles. Le Code criminel canadien opte pour une législation du « *non c'est non* »³⁵ et place le consentement au cœur des incriminations. En ce sens, l'article 273.1 (1) du Code criminel canadien définit positivement

³² Article 227-25 Code pénal : « hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, le fait, pour un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende »

³³ Article 227-27 Code pénal : hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, les atteintes sexuelles sur un mineur âgé de plus de quinze ans sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende : 1° Lorsqu'elles sont commises par toute personne majeure ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ; 2° Lorsqu'elles sont commises par une personne majeure qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions »

³⁴ Article 227-27-2-1 Code pénal : « les infractions définies aux articles 227-25 à 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur par : 1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait »

³⁵ C. LE MAGUERESSE, « *Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien* », Editions A. Péédone, « Archives de politique criminelle », 2021/1 n°3, pages 2223 à 240

le consentement qui « *consiste [...] en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle*³⁶. » L'accord volontaire renvoie aux modalités d'expression et aux conditions de validité du consentement. Ainsi, contrairement au droit pénal français, lors d'un procès canadien, le débat portera sur l'existence ou l'absence de consentement de la victime et non sur l'emploi de la violence, contrainte, menace, surprise par l'auteur.

13. Lacune du droit français et volonté de réforme. - Selon certains auteurs, politiques, associations, cette conception à la française des violences sexuelles doit être remise en cause et une réforme doit être encouragée en la matière. En ce sens, Christian GUERY, Conseiller à la Chambre criminelle de la Cour de cassation, estime que la définition française du viol « *a pour effet de reléguer l'absence de consentement comme conséquence des comportements incriminés*³⁷. » Cette vision française révèle une « *défiance à l'encontre des femmes, dont l'absence de consentement qu'elles allèguent doit être corroborée par le recours aux dits moyens*³⁸. » L'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 (Grevio), a dénoncé cette lacune française en affirmant 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* ». Ainsi, une modification du Code pénal pourrait être faite en droit national afin de se conformer au droit européen. Monsieur Julien PORTIER estime que « *l'inscription, dans le code pénal, d'une obligation de consentement explicite avant toute relation est parfois présentée comme le moyen d'une amélioration substantielle des droits des victimes d'agressions sexuelles*³⁹. » Cette modification consisterait à remplacer l'emploi de la violence, contrainte, menace, surprise par le consentement sexuel explicite. Le consentement sexuel deviendrait donc un élément constitutif des infractions sexuelles. Cette réforme du Code pénal français pourrait prendre exemple sur la législation belge 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*⁴⁰. » Ou encore sur le droit pénal suédois qui « *interdit à deux personnes de s'engager dans une relation sexuelle dès lors que l'une d'elles*

³⁶ Article 273.1 (1) Code criminel canadien : « sous réserve du paragraphe (2) et du paragraphe 265(3), le consentement consiste, pour l'application des articles 271, 272 et 273, en l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle »

³⁷ C. GUERY, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », RSC 2020, p255

³⁸ . LE MAGUERESSE, *op. cit.*

³⁹ J. PORTIER, « l'importance d'être consentant : les enjeux d'une exigence de consentement sexuel explicite en droit pénal français », AJ Pénal 019, p.431

⁴⁰ Article 375 Code pénal belge : « 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 »

*n'aurait pas exprimé verbalement son souhait d'y participer ou activement contribué à son déroulement*⁴¹. »

14. Proposition de modification du Code pénal par Christian GUERY. - Christian GUERY a rédigé une proposition de modification du texte prévoyant le viol en ce sens. Selon lui, l'article 222-23 pourrait être ainsi rédigé : « *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*⁴². » Il propose également d'ériger la violence, menace, contrainte, surprise en tant que circonstances aggravantes et non plus en tant qu'élément constitutif. Enfin, il suggère d'insérer une disposition relative à la preuve selon laquelle « *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*⁴³. »

15. Proposition de modification du Code pénal par Julien PORTIER. - Julien PORTIER, magistrat administratif, quant à lui, préconise « *d'ajouter l'absence de consentement explicite en tant que nouveau critère alternatif de matérialisation de l'infraction, au même titre que la violence, la contrainte, la menace ou la surprise*⁴⁴. » Il suggère de rédiger l'article 222-22 comme suit : « *constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise, ou commise sur une personne sans son consentement explicite*⁴⁵. » Un second alinéa devrait y être ajouté afin de définir le consentement : « *le consentement explicite peut se déduire d'un accord verbal ainsi que d'une participation active et continue des différentes personnes engagées dans une relation de nature sexuelle*⁴⁶. » Cette modification s'appliquerait également à l'article 222-23 dans un souci de clarté et de prévisibilité du droit. La proposition de Julien PORTIER nous paraît plus opportune que celle de Christian GUERY dès lors qu'elle retient des critères alternatifs : soit l'acte est commis par violence, menace, contrainte, surprise, soit l'acte est commis en l'absence de consentement explicite de la victime.

⁴¹ C. GUERY, *op. cit.*

⁴² *Ibidem*

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ J. PORTIER, *op. cit.*

⁴⁵ *Ibidem*

⁴⁶ *Ibidem*

16. Notre proposition de modification du Code pénal. - Selon nous, quitte à modifier les articles 222-22 et 222-23, une autre rédaction serait préférable. Le viol pourrait être incriminé comme tel : tout acte de pénétration sexuelle, quel qu'il soit ou tout acte bucco-génital, commis sur la personne d'autrui avec violence, contrainte, menace ou surprise ou en l'absence de son consentement explicite est un viol. Il faudrait ensuite que le législateur prévoit une définition ou une liste exhaustive de ce qu'est un consentement explicite, ce qui n'est pas sans difficulté. Par rapport aux deux propositions doctrinales, il nous paraît plus opportun de conserver les dispositions sur les modalités de l'acte de pénétration dès lors qu'elles permettent une définition précise de l'acte matériel. Une rédaction similaire pourrait être envisagée pour les autres agressions sexuelles, bien évidemment, sans référence à la pénétration sexuelle.

17. Contexte. - Cette proposition d'introduction explicite du consentement sexuel dans le Code pénal s'inscrit dans le phénomène de surenchère répressive actuel s'agissant des infractions sexuelles. En effet, nous assistons, depuis quelques années, à une libération de la parole des victimes qui semble, *a priori*, répondre à un objectif louable. Toutefois, ce mouvement « *prend des proportions angoissantes*⁴⁷ », notamment au regard des principes cardinaux du droit pénal tels que les droits de la défense ou la présomption d'innocence. Le souhait d'une réforme du Code pénal intervient dans un contexte de dénonciation des relations sexuelles non consenties. A ce titre, deux journalistes américaines ont rédigé un article⁴⁸ dans lequel elles relèvent, le « *problème majeur*⁴⁹ » de l'attraction Blanche-Neige du parc Disney Land qui, à la fin, a ajouté la scène du « Baiser d'amour ». Cette scène mythique met en scène le prince qui embrasse la princesse endormie. D'après les rédactrices, « *un baiser qu'il lui donne sans son consentement, alors qu'elle est endormie, ne peut pas être du véritable amour si une seule personne sait ce qu'il se passe*⁵⁰. » Dès lors, on comprend que « *l'inscription dans la loi d'une exigence de consentement explicite avant tout rapport sexuel s'affirme progressivement comme un moyen de mettre fin à une ambiguïté favorable à l'agresseur*⁵¹. »

18. Problématique. - Nous pouvons alors nous demander s'il est opportun d'introduire explicitement l'exigence de consentement à l'acte sexuel dans le Code pénal.

⁴⁷ M. SECHERESSE, « Oui à la parole, non à la chasse aux sorcières »

⁴⁸ Article publié dans le SF Gate, édition San Francisco Chronicle, 1^{er} mai 2021

⁴⁹ *Ibidem*

⁵⁰ *Ibidem*

⁵¹ J. PORTIER, *op. cit.*

19. Idée générale. – Introduire explicitement le consentement sexuel dans la loi ne nous paraît pas opportun. En effet, cette réforme du Code pénal présente des difficultés aussi bien en termes de valeur qu'en termes d'éléments constitutifs des infractions sexuelles. En outre, cette modification législative apparaît problématique au regard de la preuve des infractions sexuelles tant pour l'auteur que pour la victime.

20. Plan. – Nous analyserons tout d'abord les conséquences de l'introduction explicite du consentement sexuel en droit pénal substantiel (Chapitre 1), avant de s'intéresser à l'impact de cette réforme en droit pénal procédural (Chapitre 2).

CHAPITRE 1 : L'INTRODUCTION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL AU REGARD DU DROIT SUBSTANTIEL

21. Les conséquences en droit pénal substantiel - La volonté d'introduire explicitement le consentement sexuel dans le Code pénal conduit à s'interroger sur les conséquences qu'auraient cette introduction en droit pénal substantiel. En effet, il convient de souligner les difficultés de la formalisation explicite du consentement sexuel en termes de valeurs (I) mais également en termes d'éléments constitutifs (II).

I. Les difficultés de la formalisation explicite du consentement sexuel en termes de valeurs

22. Volonté d'intégrer le consentement sexuel dans la loi. - La question du consentement des victimes d'infractions sexuelles est une des préoccupations actuelles les plus prenantes de notre société. C'est ainsi que de nombreux acteurs juridiques, associatifs ou encore politiques s'en saisissent afin d'intégrer explicitement ce consentement dans la loi. Il faut toutefois mettre en avant les difficultés de cette introduction au regard de la valeur symbolique (A) et de la valeur société protégée par les infractions sexuelles (B).

A) Les difficultés au regard de la valeur symbolique

23. Valeur symbolique pour la société et la victime. - Le consentement sexuel des victimes présente une haute valeur symbolique à la fois pour la société (1) mais également, et peut-être avant tout, pour la victime (2).

1) *La valeur symbolique du consentement sexuel pour la société*

24. Valeur symbolique pour la société. - La réforme qui conduirait à l'introduction explicite du consentement sexuel dans le Code pénal présenterait, *a priori*, aux yeux de la société, un avantage considérable de protection contre les violences sexuelles (a). Cependant, à trop vouloir réprimer ces comportements par de nouvelles lois, on assiste à une surenchère répressive qui s'avère attentatoire au principe de prévisibilité de la loi pénale (b).

- a) L'avantage de protection contre les violences sexuelles pour répondre aux attentes de la société

25. Évolution des infractions sexuelles. - « *L'histoire de la pénalisation des violences sexuelles est intéressante car elle met en lumière les enjeux sociaux et culturels œuvrant dans la qualification de ces crimes et délits*⁵². » En ce sens, la société n'a pas toujours considéré les violences sexuelles comme des actes répréhensibles dès lors que les femmes - partant du principe que les victimes de ces comportements sont davantage des femmes - étaient, pendant longtemps, considérées comme la possession de l'homme qui pouvait en disposer comme il l'entendait.

Mais petit à petit, et avouons-le, de façon assez timide, les violences sexuelles, et notamment le viol, ont été reconnus dans notre société comme des infractions pénalement répréhensibles. Ainsi, la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789 affirmait que « *tout homme est seul propriétaire de sa personne et cette propriété est inaliénable*⁵³ » mettant ainsi un terme à la conception de la « femme butin. » Alors, depuis l'article 29 du Code pénal de 1791 qui prévoyait que « *le viol sera puni de 6 ans de fer*⁵⁴ », en passant par l'attentat à la pudeur du Code pénal de 1810⁵⁵ les infractions sexuelles n'ont cessé de faire l'objet d'évolution législatives, pour, aujourd'hui, être incriminées dans de nombreux articles du Code pénal⁵⁶.

26. Protection de la société. - Ainsi, on le voit, notamment depuis la Révolution française, la question de la protection des violences sexuelles joue un rôle grandissant dans notre société, ce dont nous ne pouvons que nous réjouir. En effet, l'augmentation significative de la protection de ces infractions résulte de la volonté du législateur de punir le délinquant sexuel qui est « *devenu, au fil du temps, le délinquant qui cristallise l'attention de l'opinion publique*⁵⁷. » Dans notre société actuelle, les délinquants sexuels représentent les « *nouveaux monstres de ce siècle*⁵⁸ » et le viol « *le crime total*⁵⁹. »

⁵² E. RONAI, *Violences sexuelles : en finir avec l'impunité*, sous la direction de E. RONAI et E. Durand

⁵³ Préambule à la Constitution lu par Sieyès le 20 juillet 1789

⁵⁴ Article 29 Code pénal de 1791

⁵⁵ Articles 331 et 333 du Code pénal 1810

⁵⁶ Articles 222-22 et suivants Code pénal de 1994

⁵⁷ A. DARSONVILLE « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », éditions A. Pédone, Archives de politique criminelle p31 à 43

⁵⁸ D. ZAGURY, « les nouveaux monstres », plaidoyer pour un traitement raisonné des agresseurs sexuels », *Violences sexuelles. Le soin sous contrôle judiciaire*, sous la direction d'A. CIAVALDINI, In press

⁵⁹ X. LAMEYRE, « les deux corps de la justice pénale. Du corps violé au corps enfermé », *Revue Justices* 2001

C'est donc pour cela que la société, et à travers elle, le législateur, se saisit de la question de la protection des violences sexuelles. Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, dix lois sont venues modifier le régime juridique des infractions sexuelles : la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs⁶⁰, la loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales⁶¹, ou encore la loi du 3 août 2018 relative aux violences sexuelles et sexistes⁶².

27. Réponse du législateur. - Ce sont généralement à l'occasion de procès très médiatisés qui heurtent l'opinion publique ou choquent la société que le législateur décide d'intervenir dans le but de protéger les victimes de violences sexuelles. Pour exemple, la proposition de loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste a été déposée suite à des affaires récentes dans lesquelles de très jeunes filles étaient victimes d'infractions sexuelles⁶³. Aussi, son examen a débuté lors de la publication du livre de Camille KOUCHNER *La Familia grande*⁶⁴ dans lequel elle raconte l'inceste dont aurait été victime son frère jumeau. Dans le même sens, la publication du livre *Le Consentement* de Vanessa SPRINGORA⁶⁵ a suscité de vives réactions, ce dont l'auteur elle-même s'étonne : « *je suis très surprise de l'onde de choc que ça provoque dans la société française. Je ne m'étais pas rendu compte que ça allait soulever autant de débats et d'enjeux dans des domaines très différents*⁶⁶. »

28. Engagement sécuritaire. - Dès lors, une réforme permettant d'introduire explicitement le consentement sexuel dans le Code pénal serait, *a priori*, une réponse favorable à la volonté de la société de protéger toujours plus les victimes de violences sexuelles. Pour Mathis COUTURIER⁶⁷, consacrer le consentement sexuel dans la loi permettrait de réprimer les infractions sexuelles et de punir leurs auteurs plus efficacement. Le consentement deviendrait alors une notion cardinale dans la répression des infractions sexuelles puisqu'il permettrait, dès lors que l'on constate son absence, de retenir automatiquement la culpabilité de l'auteur. Cette réforme symbolique pour la société aurait pour conséquence de « *traduire un véritable*

⁶⁰ Loi du 17 juin 1998 n° 98-468 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

⁶¹ Loi du 12 décembre 2005 n°2005-1549 relative au traitement de la récidive des infractions pénales

⁶² Loi du 3 août 2018 n°2018-703 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁶³ « Affaire Julie » et « affaire Sarah » dans lesquelles les victimes étaient âgées de 11 à 15 ans

⁶⁴ C. KOUCHNER, *La Familia grande*, Seuil, 7 janvier 2021

⁶⁵ V. SPRINGORA, *Le Consentement*, Grasset, 2 janvier 2020

⁶⁶ V. SPRINGORA dans « le consentement et l'influence d'un livre », *La presse*, C.GUY

⁶⁷ M. COUTURIER, « Tribune : pour que le consentement ne soit plus l'arlésienne de l'infraction de viol », *Libération*

*engagement sécuritaire en matière d'infractions sexuelles*⁶⁸. » Toutefois, la protection des victimes de violences sexuelles ne doit pas conduire à une surenchère répressive qui aurait pour conséquence de rendre le droit pénal illisible et donc imprévisible (b).

b) L'inconvénient de la surenchère répressive aux dépens de la prévisibilité de la loi pénale

29. Profusion législative. - « *S'il est un domaine dans lequel le silence législatif est une illusion, c'est bien celui des infractions sexuelles*⁶⁹. » En effet, comme démontré précédemment, la volonté du législateur de répondre aux besoins de protection de la société passe par l'adoption de nouvelles lois, conduisant ainsi à une démarche répressive. Le législateur crée régulièrement de nouvelles infractions qui traduisent généralement plus le désir de se conformer à la politique pénale actuelle qu'une réelle intention d'incriminer effectivement de nouveaux comportements. Tel a été le cas de la loi du 3 août 2018⁷⁰ qui, mettant en place une nouvelle infraction d'outrage sexiste, « *caractérise une fois de plus le populisme pénal qui relève davantage du registre de l'émotion et du calcul politique que de l'action publique*⁷¹. » Cette profusion de lois s'accompagne également d'une création d'un régime spécial, allant même jusqu'à penser à l'instauration d'un droit pénal spécial en matière sexuelle. On constate en ce sens une multiplication de régimes dérogatoires qui se comprend, pour certains, par le fait que « *le crime à caractère sexuel n'est plus un crime comme les autres, et en cela, il justifie que son auteur ne soit pas non plus traité comme n'importe quel autre délinquant*⁷². »

30. Risque d'arbitraire du juge. - La réforme introduisant explicitement le consentement sexuel dans le Code pénal irait, selon nous, dans le sens d'une volonté grandissante d'interdire et de punir, au détriment d'une justice efficace. En effet, en théorie et dans l'idéal de la société, remplacer la menace, la contrainte, la violence ou la surprise pour caractériser le viol et les autres agressions sexuelles par l'absence de consentement de la victime aurait une valeur symbolique de lutte contre le crime absolu. Toutefois, en pratique, ce changement législatif ne serait qu'une étape de plus vers l'arbitraire du juge pénal. En ce sens, une chose est de soumettre

⁶⁸ A. DARSONVILLE « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », éditions A. Pédone, Archives de politique criminelle p31 à 43

⁶⁹ *Ibidem*

⁷⁰ Loi 3 août n°2018-703 relative à la lutte contre les violences sexuelles et sexistes publié au JO le 5 août 2018

⁷¹ P. LE MAIGAT, « Loi Schiappa : un nouvel exemple de soumission d'une politique pénale à l'idéologie victimaire, Gazette du Palais, n°35, p12, 16 octobre 2018

⁷² L. LETURMY, « La répression de la délinquance sexuelle, *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective de certaines évolutions contemporaines*, PUF, collection Droit et Justice, 2009, p127

la caractérisation du viol à la constatation d'un acte positif de menace, contrainte, violence ou surprise, autre chose est de la soumettre à un fait négatif d'absence de consentement qui ne relèverait sûrement que de l'appréciation du juge à un moment donné.

31. Manque de prévisibilité. - Ainsi, modifier la loi afin de formaliser explicitement le consentement sexuel aurait pour conséquence de rendre encore plus illisible le droit pénal relatif aux infractions sexuelles qui se traduit déjà par « *un maquis des incriminations*⁷³ » et par un « *foisonnement des exceptions procédurales*⁷⁴. » L'expression « absence de consentement » souligne le problème de prévisibilité. De deux choses l'une : soit le législateur ne définit pas dans une seconde disposition ce qu'il entend par consentement et risque donc de se heurter au Conseil constitutionnel pour méconnaissance du principe de légalité, soit le législateur intègre une nouvelle disposition à la suite de l'article 222-23 relatif au viol dans laquelle il définirait le consentement et les situations d'absence de consentement. Cependant, même dans cette deuxième option, on ne voit pas comment le législateur pourrait prévoir toutes les hypothèses qui entreraient dans la situation d'absence de consentement. Une chose est sûre, dans tous les cas, le principe de prévisibilité de la loi pénale serait mis à mal par cette modification législative.

32. Rejet de la fonction sédatrice du droit pénal. - Par conséquent, dès lors qu'« *incriminer peut avoir une fonction essentiellement symbolique*⁷⁵ », le souhait de formaliser explicitement le consentement dans le Code pénal pour protéger les victimes d'infractions sexuelles se comprend aisément. Toutefois, le droit pénal ne peut pas avoir une fonction sédatrice⁷⁶. Il a pour seule finalité d'assurer la protection de l'ordre public en réprimant des comportements interdits et ne peut pas résulter « *de la pression sociale de tel ou tel groupe de victimes (...), voyant dans l'édiction de nouvelles normes (...), la solution à leur problème*⁷⁷. » Alors certes, le consentement sexuel revêt une forte valeur symbolique pour la société mais son introduction dans la loi répond peut-être davantage au besoin symbolique de la victime (2).

⁷³ C. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie, RSC 2011, p725

⁷⁴ *Ibidem*

⁷⁵ P. LASCOUMES, P. PONCELA, P. LENOEL, Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal, Hachette, 1989, p12

⁷⁶ C LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », RRSC 2004, 194

⁷⁷ *Ibidem*

2) *La valeur symbolique du consentement sexuel pour la victime*

33. Valeur symbolique pour la victime. - Formaliser le consentement sexuel dans le Code pénal permettrait à la victime qui estime que son consentement n'a pas été respecté d'être reconnue comme telle plus facilement (a). Néanmoins, cette reconnaissance grandissante des victimes d'infractions sexuelles, certes, louable, risque de basculer vers l'instauration d'une politique pénale victimaire (b).

a) L'avantage pour la victime d'être reconnue comme telle

34. Mouvement #metoo. - Depuis l'affaire WEINSTEIN, une chose est sûre : la parole des victimes de violences sexuelles se libère. Le mouvement « #metoo » utilisé pour la première fois par la militante afro-américaine Tarana BURKE, est devenu viral sur les réseaux sociaux depuis octobre 2017. D'abord utilisé par de nombreuses célébrités, majoritairement féminines, ce *hashtag* est devenue le symbole du mouvement social féminin du XXIème siècle.

35. Politique pénale de lutte contre les violences faites aux femmes. - Depuis une vingtaine d'années, on assiste à un développement progressif d'une politique de lutte contre les violences faites aux femmes - partant du constat que la majorité de ces victimes sont féminines. A ce titre, le Président de la République affirmait, dans son discours à l'occasion de la journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes le 25 novembre 2017, que la lutte contre les violences sexistes et sexuelles constitue « *le premier pilier de la Grande Cause du quinquennat pour l'égalité entre les femmes et les hommes*⁷⁸. » Des avancées concrètes ont été remarquées : l'évolution du cadre législatif renforçant la protection des victimes et la sanction des auteurs de ces violences, notamment en allongeant le délai de prescription de vingt à trente ans pour les crimes sexuels commis sur mineurs, la mise en place du portail de signalement en ligne à destination des victimes visant à faciliter la libération de la parole et l'accompagnement de ces dernières ou encore le développement de dispositifs de prise en charge et de protection des victimes.

⁷⁸ Politique de lutte contre les violences sexistes et sexuelles faite aux femmes, arrêtonslesviolences.gouv.fr

36. Objectif de reconstruction de la victime. - On le voit, on assiste à un renversement de la représentation de la criminalité en France⁷⁹. En effet, traditionnellement, notre législation avait pour finalité d'adapter la sanction à un délinquant coupable. Or, actuellement, le souci principal du législateur devient la protection de la société et surtout de la victime « *longtemps oubliée*⁸⁰. » Les instruments mis en place sont davantage tournés vers la victime et sa prise en charge dès lors qu'elle « *sort de l'oubli et se présente comme sujet d'un traumatisme et d'une quête de réparation*⁸¹. » Une évolution significative en droit pénal est à souligner puisque la victime n'est plus perçue comme seule créancière de dommages et intérêts mais également comme une personne dont la souffrance doit être prise en compte. L'enjeu n'est donc plus simplement la condamnation de l'auteur mais aussi la reconstruction de la victime.

37. Recentrage des éléments constitutifs sur la victime. - La victime se place désormais au centre des préoccupations politiques, juridiques et sociétales. Ainsi, la proposition d'intégrer le consentement sexuel formellement dans la loi s'inscrit dans ce phénomène symbolique de reconnaissance du statut de victimes de violences sexuelles. Certains souhaitent faire du consentement sexuel, et plus précisément de l'absence de consentement sexuel, la notion centrale des incriminations de viol et des autres agressions sexuelles. Ce changement législatif permettrait formellement à chaque personne qui considère qu'une relation sexuelle a eu lieu en l'absence de son consentement d'être ainsi reconnue comme victime. Cette réforme aurait pour conséquence d'opérer un glissement dans la caractérisation de l'infraction de viol et des autres agressions sexuelles. Alors qu'en droit positif, le juge doit déduire l'absence de consentement de la victime de la caractérisation d'actes positifs de l'auteur (menace, contrainte, violence ou surprise), ce changement législatif conduirait à prouver directement l'absence de consentement de la victime sans s'intéresser d'une quelconque manière au comportement de l'auteur. Les éléments constitutifs seraient alors établis dans la personne de la victime et non plus dans la personne de l'auteur. Or, ce recentrage sur la victime conduit à l'instauration d'une politique pénale victimaire, à l'égard des femmes (b).

⁷⁹ D. SALAS, « Opinion publique et justice pénale, une rencontre possible ? », Nouveau Monde éditions, « Le temps des médias », 2010/2 n°15, p99 à 110

⁸⁰ *Ibidem*

⁸¹ *Ibidem*

b) L'inconvénient de l'instauration d'une politique pénale victimaire à l'égard des femmes

38. Sacralisation de la parole de la victime. - Il faut le souligner, l'intention du législateur de lutter contre les violences sexuelles est honorable. Pour parvenir à son objectif, il ne cesse de renforcer la répression et de produire des lois. Or, on le remarque, la majorité, si ce n'est la totalité, de ces lois visent les victimes en tant que femme ce qui conduit à l'instauration d'une politique pénale victimaire à l'égard de celle-ci. Ainsi, « *la femme est devenue victime de tout et de partout parce qu'elle est une femme et sa parole a été sacralisée*⁸².

39. Évolution de la victime de viol. - Cette idée se retrouve dans la nature même des infractions sexuelles. Avant la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, le viol n'était pas défini dans le Code pénal mais était appréhendé par la jurisprudence comme un coït illicite avec une femme sans son consentement. Ainsi, l'auteur du viol ne pouvait être qu'un homme. Avec la réforme de 1980, la victime du viol peut indifféremment être un homme ou une femme ce qui montre que cette infraction n'est pas sexuée.

40. Violation de la neutralité classique du droit pénal. - Toutefois, certains considèrent que cette loi est « *toute entière la loi de la femme violée*⁸³. » Malgré la tentative de rendre l'infraction de viol neutre, la volonté de protéger les femmes victimes de violences sexuelles persiste dans l'esprit du législateur et « *le spectre de la femme violée est présente partout dans les travaux préparatoires*⁸⁴. » En ce sens, une des propositions de loi déposée le 9 octobre 1980 était même intitulée « proposition de loi en vue de protéger les femmes contre le viol. » D'autres lois adoptées montrent que le viol reste une infraction de genre féminin : la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes ou la loi 3 août 2018 relative aux violences sexistes et sexuelles qui constitue « *la victoire d'un néo-féminisme radical*⁸⁵. » Par conséquent, « *il n'est pas de notre propos de nier l'évidence, à savoir que ce sont les femmes qui sont majoritairement victimes d'agressions sexuelles, mais de souligner le paradoxe du législateur qui a voulu faire du viol une infraction applicable à tous sans distinction tout en*

⁸² M. SECHERESSE, « Oui à la parole, non à la chasse aux sorcières »

⁸³ D. MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980, D.1981, chron. p283

⁸⁴ *Ibidem*

⁸⁵ P. LE MAIGAT, « Loi Schiappa : un nouvel exemple de soumission d'une politique pénale à l'idéologie victimaire, Gazette du Palais, n°35, p12, 16 octobre 2018

*conservant le réflexe d'une infraction féminine*⁸⁶. » Une nouvelle loi qui intégrerait formellement le consentement sexuel dans le Code pénal relèverait, selon nous, d'une idéologie victimaire. En effet, centrer la caractérisation du viol et des autres agressions sexuelles sur le comportement de la victime et non plus sur le comportement de l'auteur conduirait à renier la neutralité classique de notre droit. Cette modification s'inscrirait dans le phénomène actuel de discours victimaire qui place la victime statufiée⁸⁷ au premier plan du processus judiciaire, aux dépens du respect des principes fondamentaux tels que la présomption d'innocence et le droit de se défendre.

Le droit pénal a pour fonction première de réprimer les auteurs de comportements dangereux pour la société en leur imposant des sanctions. Il est ainsi tourné vers la répression de l'auteur et n'a aucunement un rôle de thérapie pour les victimes qui, généralement, veulent que « *la sanction soit mesurée à l'aune de leur souffrance*⁸⁸. » Aussi, le droit pénal doit rester neutre et ne peut pas conduire à rentrer dans une sorte de communautarisme de victimes féminines contre les hommes. Nous ne pouvons que partager l'avis de Maître SECHERESSE : « *non les femmes ne sont pas et ne doivent pas être et se considérer comme d'éternelles victimes. Non les hommes ne sont pas des éternels agresseurs*⁸⁹. »

Par conséquent, la formalisation du consentement sexuel dans la loi présente, certes, une haute valeur symbolique pour la société et pour la victime mais conduit tout de même à une surenchère répressive du législateur et à l'instauration d'une idéologie victimaire. La question de l'introduction du consentement sexuel doit également être appréhendée au regard de la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles (B).

B) Les difficultés au regard de la valeur sociale protégée

41. La valeur sociale protégée par les infractions sexuelles. - Le droit pénal, en incriminant des comportements interdits, entend protéger des valeurs sociales importantes qui renvoient à l'état des mœurs dans une société à un temps déterminé. Il faut alors s'interroger

⁸⁶ A. DARSONVILLE « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », éditions A. Pédone, Archives de politique criminelle p31 à 43

⁸⁷ D. SALAS, « Notre système pénal est traversé par une idéologie victimaire, *Libération*

⁸⁸ C. ELIACHEFF, D. SOULEZ-LARIVIERE, *Le temps des victimes*, op. cit, p124

⁸⁹ M. SECHERESSE, « Oui à la parole, non à la chasse aux sorcières »

sur la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles (1) avant d'étudier le changement de valeur sociale protégée engendré par l'introduction du consentement sexuel dans la loi (2).

1) *La question de la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles*

42. Détermination de la valeur sociale protégée. - La valeur sociale protégée par les infractions sexuelles a fait l'objet d'une évolution en raison de l'état des mœurs jusqu'à être formellement consacrée par le législateur dans le Code pénal. Celui-ci entend en effet protéger l'intégrité physique et psychique de la victime, ce qui fait l'objet de sérieuses critiques (b).

a) L'évolution de la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles en fonction de l'état des mœurs

43. Fonctions de la valeur sociale protégée. - Il n'existe pas de notion bien définie de la valeur sociale protégée. En effet, elle ne peut pas être précise car dépend de l'état de la société, des mœurs et de la politique pénale. Toutefois, la valeur sociale protégée joue un rôle essentiel à deux niveaux. D'une part, en matière de détermination des infractions car elle est à l'origine des mouvements de pénalisation ou de dépenalisation. D'autre part, en matière de définition des infractions comme, par exemple, l'attentat aux mœurs de l'ancien Code pénal qui est devenu l'exhibition sexuelle en raison d'une évolution sociale.

44. Évolution de la valeur sociale protégée. La valeur sociale protégée par les infractions sexuelles n'a pas toujours été prise en compte comme elle l'est actuellement. Avant la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, le viol était appréhendé sous « *l'aspect social d'une menace pour les structures familiales*⁹⁰. » A ce titre, on considérait que le viol portait atteinte à la légitimité de la famille puisqu'il pouvait entraîner une grossesse illégitime. La victime n'était donc pas la femme qui subissait le viol mais le père ou le mari propriétaire de cette femme qui était considérée comme dépréciée de sa « *valeur d'échange sur le marché des alliances et des transactions matrimoniales*⁹¹. »

A partir des années 1970, la liberté sexuelle se banalise : le corps féminin se dévoile et la parole sur la sexualité se libère en même temps que la pilule contraceptive arrive en France. La femme

⁹⁰ D. MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980, D.1981, chron. P283

⁹¹ G. VIGARELLO, *Histoire du Viol au 19^e et 20^e siècle*, Paris, Seuil, 1998

n'apparaît plus comme l'objet de l'homme et la discussion sur l'égalité des genres commence à prendre de plus en plus de place. C'est dans ce contexte qu'une double tendance apparaît : d'un côté, les pratiques sexuelles deviennent plus libres, de l'autre, on assiste à une répression de certains comportements, notamment des relations sexuelles entre majeurs et mineurs jusqu'alors largement acceptés et même encouragés.

45. Dépénalisation des relations sexuelles entre majeurs et mineurs. - En 1977, une lettre ouverte prônant la dépénalisation des relations sexuelles entre mineurs et adultes, intitulée « A propos d'un procès », signée et soutenue par d'éminents intellectuels, psychologues, écrivains tels que Gilles DELEUZE, Simone DE BEAUVOIR ou encore Michel BON est publiée dans *Le Monde*. Ce texte s'inscrit dans une logique de défense contre l'incarcération de trois hommes pour avoir eu et photographié des relations sexuelles avec des mineurs de treize et quatorze ans. Nous pouvons notamment y lire : « nous considérons qu'il y a une disproportion manifeste [...] entre le caractère désuet de la loi et la réalité quotidienne d'une société qui tend à reconnaître chez les enfants et les adolescents l'existence d'une vie sexuelle (si une fille de treize ans a droit à la pilule, c'est pour quoi faire ?)⁹² » La même année, une autre pétition est publiée dans *Le Monde*, intitulée « Un appel pour la révision du Code pénal à propos des relations mineurs-adultes. » Cette tribune, signée par de nombreuses personnes publiques militent pour une mise à jour des textes qui, selon eux, « ne tiennent pas compte de l'évolution rapide des mœurs. Ils demandent que le dispositif pénal soit allégé, que de telles affaires, aujourd'hui passibles de la cour d'assises, soit jugées par un tribunal correctionnel⁹³. »

46. Pénalisation des relations sexuelles entre majeurs et mineurs. - On le voit, quarante ans plus tard, les années 1970-1980 apparaissent comme « l'âge d'or de l'apologie de la pédophilie en France⁹⁴. » A cette époque, « la pédophilie [passait], non pour un viol commis dans un climat d'emprise, mais pour une pratique sexuelle alternative étouffée par des siècles de coercition morale⁹⁵. » Ainsi, ce qui était permis et même prôné dans les années 70-80 devient aujourd'hui dénoncé et réprimé, montrant ainsi l'évolution de la valeur sociale protégée en fonction de l'état de la société à un moment donné. En effet, de nos jours, la protection des mineurs contre les crimes sexuels est une des préoccupations majeures du législateur qui a

⁹² « A propos d'un procès, tribune publiée dans *Le Monde*, le 26 janvier 1977

⁹³ « Un appel pour la révision du Code pénal à propos des relations mineurs-adultes » tribune publiée dans *Le Monde*, le 23 mai 1977

⁹⁴ A. CHEMIN « Les années 1970-1980, âge d'or de l'apologie de la pédophilie en France », *Le Monde*

⁹⁵ *Ibidem*

d'ailleurs adopté une loi en ce sens le 21 avril 2021⁹⁶. Le mineur qui, à l'époque était perçu comme consentant à avoir des relations sexuelles avec un majeur, est dorénavant présumé non-consentant en dessous de quinze ans et dix-huit ans en cas d'inceste. Pour les partisans de cette loi, « *la notion de consentement déjà complexe lorsque la victime est un adulte, n'a tout simplement pas sa place dans le débat lorsque la victime est particulièrement jeune*⁹⁷. »

Aujourd'hui, la politique pénale retenue s'inscrit davantage dans un mouvement de pénalisation des violences sexuelles. A ce titre, avec l'entrée du Code pénal actuel, le législateur semble avoir érigé l'intégrité physique et psychique comme valeur sociale protégée par ces infractions. Or, bien que le plan du Code pénal ne soit pas normatif et ne donne qu'une indication sur la classification des infractions, le choix du législateur reste critiquable (b).

b) Le choix critiquable du législateur de retenir l'intégrité physique et psychique comme valeur sociale protégée par les infractions sexuelles

47. L'intégrité physique et psychique comme valeur sociale protégée. - « *La réaction pénale est un réflexe de défense de l'organisme social contre les actes qui le perturbent*⁹⁸. » Ainsi, dès lors qu'une atteinte à une valeur collectivement protégée est constatée, elle se traduit par la création d'une incrimination. Seules les valeurs considérées comme étant suffisamment dignes d'une protection par l'ensemble de la société, au point d'en devenir une norme comportementale, font l'objet d'une sanction. Le législateur érige donc en infractions tout comportement qui se heurte aux valeurs fondamentales de notre société démocratique. C'est ainsi qu'il réprime les atteintes à la vie, à la dignité ou à la propriété. La valeur sociale protégée n'est pas définie par le législateur français mais est utilisée comme critère de classification des infractions. En effet, le Livre II du Code pénal incriminent les crimes et délits commis contre les personnes, le Livre III, ceux contre les biens et, enfin, le Livre IV ceux contre la Nation, l'État et la paix publique. Le viol et les autres agressions sexuelles sont prévus par le Code pénal au Livre II « des crimes et délits contre les personnes », Titre II « des atteintes à la personnes humaines », Chapitre II « des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », Section III « des agressions sexuelles ». Les infractions sexuelles spécifiquement

⁹⁶ Loi n° 2021-478 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, parue au JO n° 95 du 22 avril 2021

⁹⁷ A. BILLION, <http://www.senat.fr/dossier-legislatif/ppl20-158.html>

⁹⁸ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, édition Cujas

commises contre les mineurs sont incriminées au Chapitre VII « des atteintes aux mineurs et à la famille », Section V « de la mise en péril des mineurs. » *A priori*, les infractions sexuelles protègent donc l'intégrité physique et psychique de la personne.

48. Neutralité du droit pénal. - La circulaire d'application de la loi du 3 août 2018 relative aux violences sexuelles et sexistes va dans le sens du législateur. Nous pouvons notamment y lire que les violences sexuelles « *sont en effet intolérables dans un État de droit [...] soucieux d'assurer à chacun le respect de sa dignité et la protection de son intégrité physique et psychique*⁹⁹. » Cependant, l'apport de cette loi concernant la pénétration commis « sur la personne de l'auteur » élargi certes l'élément matériel du viol mais pose problème si l'on considère que la valeur sociale protégée par le viol est l'atteinte à l'intégrité corporelle de la victime. En effet, cette hypothèse renvoie à la situation où l'auteur -un homme ou une femme- réalise une fellation de force sur la victime -donc forcément un homme-. Dans ce cas, il n'y a pas d'atteinte à l'intégrité corporelle de la victime puisque c'est l'auteur qui pénètre le sexe de la victime avec sa bouche. La valeur sociale protégée ne peut donc pas être l'intégrité corporelle de la victime dès lors que la victime ne subit pas de pénétration. De plus, jusqu'à récemment, cet élargissement allait à l'encontre de la nécessaire neutralité du droit pénal puisqu'elle faisait du viol une infraction genrée. La victime de la pénétration ne peut être qu'un homme puisque dans le cas contraire, si l'auteur -un homme ou une femme- réalise un cunnilingus de force à la victime -donc forcément une femme-, il n'est pas question de pénétration. Dans cette hypothèse, on ne pouvait retenir qu'une agression sexuelle, en l'absence de pénétration. Toutefois, la loi du 21 avril 2021¹⁰⁰ est venu régler le problème en ajoutant l'acte « bucco-génital » permettant ainsi de prendre en compte le cunnilingus au titre du viol.

49. Absence d'un résultat en droit pénal français. - Aussi, la nature des infractions de viol et d'agression sexuelle pose problème au regard de l'intégrité physique de la victime. En effet, ces deux infractions sont à distinguer des violences qui sont des infractions matérielles car supposent une atteinte à une valeur sociale protégée, et des infractions de résultat puisque la qualification pénale (criminelle, délictuelle, contraventionnelle) varie en fonction de la gravité du résultat. Si la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles était l'intégrité

⁹⁹ Circulaire d'application du 3 septembre 2018 relative à la présentation de la loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

¹⁰⁰ Loi n° 2021-478 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, parue au JO n° 95 du 22 avril 2021

physique, la répression du viol évoluerait en fonction de la gravité de l'atteinte subie par la victime : on retrouverait alors différents types de viol en fonction de cette gravité. Or, il faut différencier l'atteinte abstraite qui renvoie au dommage, c'est-à-dire à l'atteinte à la valeur sociale protégée, et l'atteinte concrète, le préjudice, qui renvoie à la notion d'incapacité temporaire de travail. Pour les infractions sexuelles, la volonté du législateur n'est pas de distinguer les viols selon le résultat, le préjudice ou l'incapacité temporaire de travail. Ainsi, le viol ne suppose pas la caractérisation d'une lésion ou d'une mutilation -qui ne constituent que des circonstances aggravantes-. En ce sens, l'article 222-30 du Code pénal¹⁰¹ prend en compte la blessure ou la lésion pour aggraver la peine du viol ce qui montre bien que l'infraction simple ne suppose pas que la victime soit blessée ou lésée corporellement. Certes, il peut y avoir un dommage, mais les juges ne conditionnent jamais la constatation de l'infraction de viol à la preuve d'un préjudice. C'est ainsi que la Chambre de l'instruction confirme, dans un arrêt du 14 octobre 2020¹⁰², que le degré de pénétration est indifférent aux éléments constitutifs du viol. Contrairement à ce qu'ont soutenu certaines associations de lutte contre les violences faites aux femmes, cet arrêt n'exige pas un certain degré de profondeur pour que le viol soit constitué. Les juges de la Haute juridiction affirment simplement « *qu'en l'absence de preuve concernant la profondeur, l'intensité, la durée ou le mouvement de la pénétration dénoncée, qui aurait permis d'affirmer qu'elle a effectivement été commise, c'est à bon droit que la chambre de l'instruction a requalifié l'infraction de viol aggravé en agression sexuelle aggravée*¹⁰³. » On comprend facilement cette décision car en l'absence de preuve certaine sur l'existence de la pénétration, il y a peu de chance que la qualification de viol soit retenue : il est ainsi plus prudent de retenir une agression sexuelle aggravée.

50. Présence d'un résultat en droit pénal canadien. - Au contraire, le Code criminel canadien prévoit que « *commet une agression sexuelle grave quiconque, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger*¹⁰⁴. » Ainsi, le législateur canadien conditionne la répression des agressions sexuelles à l'existence d'une blessure, d'une mutilation ou d'une défiguration qui constitue un préjudice pour la victime. Si le législateur français a la volonté de protéger l'intégrité physique de la victime, il devrait en

¹⁰¹ Article 222-30 Code pénal : « l'infraction définie à l'article 222-29 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende : Lorsqu'elle a entraîné une blessure ou une lésion... »

¹⁰² Crim, 14 octobre 2020 n°20-82.273

¹⁰³ *Ibidem*

¹⁰⁴ Article 273(1) Code criminel Canadien : *commet une agression sexuelle grave quiconque, en commettant une agression sexuelle, blesse, mutilé ou défigure le plaignant ou met sa vie en danger*

faire de même et intégrer, de manière claire, le préjudice dans les éléments constitutifs du viol et des agressions sexuelles. Dans ce cas, le degré, la gravité et l'intensité de pénétration deviendraient des éléments permettant de prouver une blessure ou une lésion.

Par conséquent, on le voit, le choix du législateur de placer les infractions sexuelles au sein des atteintes à l'intégrité physique et psychique fait l'objet de vives critiques. A ce titre, l'introduction du consentement sexuel dans la loi permettrait de mettre fin aux ambiguïtés puisqu'il n'y aurait plus aucun doute sur le fait que les infractions sexuelles protègent le consentement sexuel et donc la liberté sexuelle (2).

2) *Le changement de valeur sociale protégée par l'introduction du consentement sexuel*

51. Changement de valeur sociale protégée. - La formalisation du consentement sexuel dans le Code pénal aurait pour avantage d'entraîner un changement de la valeur sociale protégée qui apparaît nécessaire au regard des incertitudes actuelles (a). Ainsi, le législateur viendrait consacrer, de manière univoque, la liberté sexuelle comme valeur sociale protégée (b).

a) Le changement nécessaire de valeur sociale protégée par les infractions sexuelles

52. La fin de l'intégrité physique comme valeur sociale protégée. - L'introduction du consentement sexuel dans le Code pénal permettrait de résoudre les ambiguïtés autour de la question de la valeur sociale protégée. Concrètement, l'article 222-2¹⁰⁵ sur le viol ne renverrait plus à l'emploi de la violence, menace, contrainte, surprise mais ferait de l'absence de consentement l'élément constitutif principal permettant de caractériser le viol. Cet article serait, selon nous, ainsi rédigé : tout acte de pénétration sexuelle, quel qu'il soit ou tout acte bucco-génital, commis sur la personne d'autrui avec violence, contrainte, menace ou surprise ou en l'absence de son consentement explicite est un viol. La même modification serait alors retenue pour les agressions sexuelles définies à l'article 222-22¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Article 222-23 Code pénal : « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle »

¹⁰⁶ Article 222-22 Code pénal : « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise »

Cette nouvelle rédaction met fin à la preuve d'un acte positif de l'auteur constitué par violence, menace, contrainte ou surprise. Or, la violence était le seul procédé qui pouvait laisser penser que la valeur sociale protégée pouvait être l'intégrité physique de la victime. En effet, cette référence renvoie aux infractions de violence qui, comme nous l'avons vu, sont des infractions matérielles et de résultat, qui varient donc en fonction de la gravité de l'atteinte constatée. Toutefois, le terme de violence ne renvoyait pas ici à la constatation d'un préjudice, caractéristique d'une atteinte à l'intégrité physique, mais permettait seulement de prouver l'absence de consentement. Une chose est sûre, la suppression de l'emploi de l'un de ces quatre procédés facilite la compréhension de la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles. L'élément constitutif principal devient l'absence de consentement. Ainsi, la valeur protégée ne pourrait plus être l'intégrité physique ou psychique de la victime comme le laissait penser le plan du Code pénal.

53. Modification du plan du Code pénal. - Une modification de l'organisation du Code pénal est ainsi souhaitée pour être en cohérence avec l'introduction du consentement sexuel dans la loi. Tout en restant dans le Livre II « des crimes et délits contre les personnes », Titre II « des atteintes à la personnes humaines », la Section III « des agressions sexuelles » devrait être remplacée par « des atteintes au consentement sexuel » avec un paragraphe « 1 du viol », un paragraphe 2 « des agressions sexuelles » et un paragraphe 3 « du viol et des agressions sexuelles incestueuses. » Ce changement aurait pour le moins l'avantage d'affirmer clairement que « *les infractions sexuelles punissent des atteintes à la liberté sexuelle de la victime par le défaut de consentement*¹⁰⁷. » Toutefois, il ne faut pas confondre atteinte à la liberté sexuelle et consentement dès lors que le défaut de consentement n'est qu'une composante de la liberté sexuelle. Ainsi, comme l'explique Valérie MALABAT¹⁰⁸, certains auteurs¹⁰⁹ considèrent que, dans les hypothèses où la victime a une relation sexuelle avec l'auteur qui lui a dissimulé sa séropositivité, la valeur sociale protégée par le viol pourrait être une atteinte au consentement lui-même. Or, dans ce cas, la victime a été trompée sur la qualité de la relation sexuelle et non sur la relation sexuelle elle-même. Il n'y a donc pas d'atteinte au consentement en tant que tel puisqu'il a bien été donné par la victime, ni même une atteinte à la liberté sexuelle dès lors que

¹⁰⁷ A. DARSONVILLE « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », éditions A. Pédone, Archives de politique criminelle p31 à 43

¹⁰⁸ V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Hypercours, 8 édition

¹⁰⁹ A. PROTHAIS, « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », D.2006.1068 ; B. CHAPLEAU « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », Dr. Pénal 2006, Étude 18

la victime a consenti à avoir une relation sexuelle avec une personne qu'elle a choisie. Ainsi, selon nous, la qualification de viol ne peut être appliquée à ces cas d'espèce. Il faut ainsi plutôt retenir, comme le fait la Cour de cassation¹¹⁰, la qualification d'administration de substance nuisible. Par conséquent, avec la formalisation explicite du consentement dans la loi, les hésitations autour de la valeur protégée par les infractions sexuelles prennent fin. En érigeant l'absence de consentement en tant qu'élément constitutif, le législateur consacre la liberté sexuelle comme valeur sociale protégée (b).

b) La consécration de la liberté sexuelle comme valeur sociale protégée par les infractions sexuelles

54. La liberté sexuelle comme valeur sociale protégée. - Certains auteurs¹¹¹ estiment que les infractions sexuelles, telles que rédigées en droit positif, protègent déjà la liberté sexuelle. La Cour de cassation partage également cette conception dès lors qu'elle énonce, dans un arrêt de 1990, que le viol « *n'a d'autres fins que de protéger la liberté de chacun*¹¹². » La liberté sexuelle peut être définie comme « *la liberté d'entretenir des relations sexuelles, au moment de son choix et avec le/la partenaire de son choix*¹¹³. » Elle découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme¹¹⁴.

En droit positif, ce qui est interdit n'est pas l'acte sexuel en soi, mais l'acte sexuel commis par l'auteur avec violence, menace, contrainte ou surprise. Avec l'introduction du consentement sexuel dans la loi, ce qui sera réprimé par le législateur sera l'acte sexuel commis par l'auteur en l'absence de consentement de la victime. On le voit, concrètement, ce changement législatif ne conduira pas à une remise en cause totale de la valeur sociale protégée puisque la preuve de l'emploi de l'un des quatre procédés avait déjà implicitement pour conséquence de porter atteinte au consentement de la victime et donc à sa liberté sexuelle. Toutefois, la formalisation du consentement sexuel par le législateur permettra de consacrer de manière univoque cette

¹¹⁰ Crim, 10 janvier 2006, n°05-80.787

¹¹¹ J.C SAINT PAU ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, Cours magistrat collection, 2016 ; P. CONTE *Droit pénal spécial*, Lexis Nexis, 5^{ème} édition

¹¹² Crim. 5 sept. 1990, 90-83.786

¹¹³ D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? » *La liberté sexuelle et ses juges : étude du droit français et comparé*, D. 2005, p1508

¹¹⁴ Article 8§1 Convention européenne des droits de l'Homme : « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance »

valeur sociale protégée, sans qu'elle ne fasse plus l'objet de débat. Que ce soit en droit positif ou en droit prospectif, une chose est sûre, c'est « *l'aspect négatif de la liberté sexuelle qui est principalement pris en compte par le droit pénal. Tout comportement sexuel imposé à autrui méconnaît sa liberté de choix, affecte ainsi l'intégrité de son consentement*¹¹⁵. » Nous ne pouvons que partager cette idée selon laquelle les infractions sexuelles constituent des atteintes à la liberté sexuelle et non à l'intégrité physique dès lors que cette dernière valeur sociale présente de nombreux inconvénients.

55. Exception pour les infractions sexuelles contre les mineurs. - Il demeure cependant une catégorie d'infractions sexuelles pour laquelle on comprend naturellement que la valeur sociale protégée ne peut pas être la liberté sexuelle : ce sont les atteintes sexuelles sur mineurs réprimés au sein du Chapitre VII « des atteintes aux mineurs et à la famille », Section V « de la mise en péril des mineurs », aux articles 227-25¹¹⁶ et 227-27¹¹⁷ du Code pénal. En effet, l'atteinte sexuelle peut être appréhendée comme une atteinte non agressive¹¹⁸ dès lors qu'elle est réalisée sans violence, contrainte, menace ou surprise mais seulement en raison de la majorité de l'auteur et de la minorité de la victime. Le comportement de l'auteur majeur est systématiquement réprimé même en présence du consentement de la victime mineur. Ainsi, ces infractions ne peuvent pas entrer dans la catégorie d'infractions sexuelles protégeant la liberté sexuelle et donc le défaut de consentement puisque la victime a donné son consentement. La valeur sociale protégée par ces infractions renvoie donc plutôt à l'atteinte à la validité du consentement du mineur qui est réputé ne pas pouvoir consentir librement à un rapport sexuel avec un adulte.

56. Conclusion. - Par conséquent, l'introduction du consentement sexuel dans la loi présente principalement l'avantage de répondre à la volonté de la société de lutter contre les violences sexuelles et de reconnaître la victime comme telle. Toutefois, selon nous, cet apport ne dispose que d'une dimension symbolique qui ne devrait pas relever du droit pénal. En effet, si l'on comprend naturellement le besoin de la société et de la victime, cette modification

¹¹⁵ E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, Cours magistrat collection, 2016

¹¹⁶ Article 227-25 Code pénal : « hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, le fait, pour un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende »

Article 227-27 Code pénal : « hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, les atteintes sexuelles sur un mineur âgé de plus de quinze ans sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende... »

¹¹⁸ J.C SAINT PAU, Cour Magistral Master 1 Droit pénal et sciences criminelles, Université de Bordeaux

législative se heurte au respect de principes généraux tels que la prévisibilité et la neutralité du droit pénal. Au regard de la valeur sociale protégée, cette formalisation législative a le mérite de résoudre les ambiguïtés à ce sujet. En érigeant le consentement sexuel comme élément constitutif des infractions, plus aucun débat sur la valeur protégée ne sera possible : les infractions sexuelles protégeront indubitablement la liberté sexuelle de la victime. Mais le droit pénal substantiel ne se limite pas à la valeur de l'infraction, il faut également appréhender les difficultés de l'introduction du consentement sexuel dans la loi au regard des éléments constitutifs (II).

II. Les difficultés de la formalisation explicite du consentement sexuel en termes d'élément constitutif

57. Distinction entre majeurs et mineurs. - L'introduction du consentement dans le Code pénal n'aura pas les mêmes conséquences en fonction de la majorité ou de la minorité de la victime. Il convient alors de distinguer selon les difficultés rencontrées au regard des éléments constitutifs des infractions contre les majeurs (A) et des éléments constitutifs des infractions contre les mineurs (B).

A) Les difficultés au regard des éléments constitutifs des infractions contre les majeurs

58. Viol et agression sexuelle. - L'actuel article 222-22¹¹⁹ du Code pénal prévoit deux types d'infractions sexuelles contre les majeurs supposant un contact physique : le viol réprimé à l'article 222-23¹²⁰ et les autres agressions sexuelles définies à l'article 222-22¹²¹ et incriminées à l'article 222-27¹²² du Code pénal. Cette séparation se justifie au regard du résultat de ces infractions qui n'est pas le même : le viol suppose la caractérisation d'une pénétration alors qu'elle n'est pas nécessaire pour retenir une agression sexuelle. Le législateur a ainsi préféré distinguer ces deux infractions dès lors qu'il considère que la pénétration, constituant une

¹¹⁹ Article 222-22 alinéa 2 Code pénal : « le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage »

¹²⁰ Article 222-23 Code pénal : « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle »

¹²¹ Article 222-22 alinéa 1^{er} Code pénal : « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise »

¹²² Article 222-27 Code pénal : « les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »

violation totale de l'intimité, est plus grave que d'autres types d'agressions. Les agressions sexuelles sont donc définies négativement au regard du viol : en l'absence de pénétration, seules les premières peuvent être constituées. Toutefois, la définition générique de l'article 222-22 montre que l'acte matériel des deux infractions doit être réalisé selon le même procédé : avec l'emploi de la violence, de menace, de la contrainte ou de la surprise.

59. Introduction du consentement en tant qu'élément constitutif. - La réforme introduisant le consentement sexuel dans la loi aurait pour conséquence de remplacer le recours à l'un de ces quatre procédés par l'absence de consentement. Or, selon nous, cette introduction pose de nombreuses difficultés au regard des éléments constitutifs. En effet, pour retenir le viol ou l'agression sexuelle, le juge doit expressément relever l'emploi de la violence, contrainte, menace ou surprise qui exclut le consentement libre et éclairé de la victime. Le consentement apparaît alors déjà comme un élément constitutif implicite (1). En outre, formaliser l'absence de consentement sexuel en tant qu'élément constitutif explicite présente des dangers au regard du principe de légalité criminelle (2).

1) Le consentement sexuel comme élément constitutif implicite

60. Prise en compte du consentement en droit positif. - En droit positif, l'absence de consentement de la victime est une donnée indifférente qui ne fait pas partie des éléments constitutifs du viol et des agressions sexuelles. En effet, l'article 222-22¹²³ prévoit que l'élément matériel de ces infractions doit être commis par violence, contrainte, menace ou surprise. Toutefois, bien qu'absent des textes d'incrimination, l'absence de consentement sexuel est considérée comme un élément constitutif implicite dès lors qu'il est sous-entendu par l'emploi de l'un des quatre procédés (a). La jurisprudence va également dans ce sens en réintégrant l'absence de consentement dans les éléments constitutifs des infractions sexuelles (b).

a) L'absence de consentement sexuel sous-entendu par l'emploi de la violence, menace, contrainte ou surprise

61. Emploi de la violence, menace, contrainte, surprise. - La loi du 23 décembre 1980¹²⁴ est intervenue pour définir le viol comme un acte de pénétration sexuelle commis par

¹²³ Article 222-22 Code pénal, *op. cit*

¹²⁴ Loi 23 décembre 1980 n°80-1041 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs

violence, contrainte ou surprise. L'entrée en vigueur du Code pénal de 1994 est venue y ajouter la menace. On le voit, le législateur préfère s'intéresser aux modalités de la commission de l'acte de pénétration de l'auteur plutôt qu'à l'absence de consentement de la victime. L'élément matériel commun aux deux infractions est clair : il faut une pénétration sexuelle commise par violence, contrainte, menace ou surprise.

62. Violence - On comprend facilement que la présence de violences physiques implique l'absence de consentement : si l'auteur frappe la victime qui refuse la relation sexuelle, le consentement ne peut être que forcé. La violence morale, quant à elle, conduit la victime à agir sous l'emprise de la crainte de s'exposer elle-même, ou d'exposer les siens, à « *un mal considérable et présent* »¹²⁵. A ce titre, la Chambre criminelle considère que la Chambre de l'instruction a justifié le renvoi devant une Cour d'assises d'un individu accusé de viol pour avoir exercé à plusieurs reprises un chantage consistant à menacer la victime de « *l'abandonner sur place, en pleine nuit, dans un froid vide, par un temps de brouillard dense, loin de tout habitation* »¹²⁶. » On remarque que l'article 222-22 est redondant dès lors que la menace apparaît à la fois comme une composante de la violence morale et comme un procédé autonome.

63. Contrainte - La contrainte peut être définie comme « *la pression physique ou morale exercée sur quelqu'un* »¹²⁷. Elle peut ainsi renvoyer à l'exercice de la force physique sur la victime ou à l'exploitation de la faiblesse ou de la vulnérabilité de la victime. On peut noter que la contrainte se confond avec la violence et avec la menace. A ce titre, la Chambre criminelle a affirmé que « *la menace n'est qu'une forme de contrainte* »¹²⁸. » La loi du 8 février 2010¹²⁹ relative à l'inscription de l'inceste dans le Code pénal est venue préciser les contours de la contrainte, tentant ainsi de clarifier l'articulation entre ces notions. Un nouvel article 222-22-1 alinéa 1^{er} a ainsi été inséré dans le Code pénal et prévoit que « *la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale* »¹³⁰. » Toutefois, nous déplorons l'absence de précision dans la définition de cette contrainte.

¹²⁵ E. GARCON, Code pénal annoté, art. 331 à 333, Sirey, 1952-59

¹²⁶ Crim. 11 févr. 1992, n°91-86. 391

¹²⁷ A. DARSONVILLE, « Défaut de consentement », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2020 (actualisation : janvier 2021)

¹²⁸ Crim. 14 oct. 1998, n° 97-84.730, Bull. crim. n° 263

¹²⁹ Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux

¹³⁰ Article 222-2-1 alinéa 1^{er} du Code pénal : la contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale

64. Menace - La menace peut être comprise comme « *le geste, la parole ou l'acte par lequel un individu exprime sa volonté de faire du mal à quelqu'un*¹³¹. » Mais l'ajout de ce procédé dans les éléments constitutifs du viol et des agressions sexuelles ne présente aucun intérêt particulier dès lors que la menace n'est qu'une forme de violence morale. L'emploi de la violence, contrainte, menace montre que le consentement de la victime a été forcé. Le pouvoir contraignant de l'un de ces trois procédés doit être apprécié *in concreto* par les juges au regard des capacités de résistance de la victime et ses infirmités physiques éventuelles¹³².

65. Surprise – La surprise consiste à surprendre le consentement de la victime « *et ne saurait se confondre avec la surprise exprimée par cette dernière*¹³³. » Dans cette situation, le consentement de la victime est donné de manière éclairée mais a été surpris par l'utilisation d'un stratagème. Ce sont des hypothèses dans laquelle « *la ruse remplace l'usage de la force par l'agresseur*¹³⁴. » C'est ainsi que la Chambre criminelle a affirmé, dans un arrêt du 23 janvier 2019, « *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 du texte susvisé*¹³⁵. » Le consentement surpris peut renvoyer à deux situations. D'une part, l'erreur sur la personne qui suppose que la victime ne consent à la relation sexuelle que parce qu'elle pense que l'auteur est une autre personne¹³⁶. D'autre part, la situation dans laquelle la victime est incapable de consentir en raison de son état physique ou mental : coma, hypnose, évanouissement...

66. Consentement en tant qu'élément implicite. - Peu importe lequel de ces quatre procédés est utilisé, dès lors que le juge constate l'emploi de la violence, menace, contrainte, surprise, il en déduit implicitement l'absence de consentement de la victime. Ainsi, l'absence de consentement apparaît comme « *le pivot de l'incrimination*¹³⁷ » des infractions sexuelles, qui ont pour point commun « *de nécessiter l'absence de consentement de la victime,*

¹³¹ A. DARSONVILLE, « Défaut de consentement », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2020 (actualisation : janvier 2021)

¹³² Crim. 8 juin 1994, n° 94-81.376, Bull. crim. n° 226

¹³³ Crim. 25 avr. 2001, n° 00-85.467, Bull. crim. n° 99

¹³⁴ A. DARSONVILLE, « Défaut de consentement », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2020 (actualisation : janvier 2021)

¹³⁵ Crim. 23 janv. 2019, n° 18-82.833, Bull. crim. n° 25

¹³⁶ Cass. crim. 25 juin 1857, Bull. crim. n° 240 ; 31 déc. 1858, Bull. crim. n° 328 : un homme se fait passer pour le mari de la victime et se glisse dans son lit

¹³⁷ D. MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la réforme du 23 décembre 1980 », Recueil Dalloz, 1981

*contrairement à l'indifférence, théorique, du consentement en droit pénal*¹³⁸. » On le voit, l'absence de consentement est une véritable composante des violences sexuelles qui est sous-entendue par l'emploi de la violence, menace, contrainte ou surprise.

67. Modification de l'élément matériel. - Néanmoins, certains auteurs sont favorables à une réforme législative qui viserait à modifier l'élément matériel du viol et des agressions sexuelles en remplaçant l'emploi de l'un des quatre procédés par l'absence de consentement. En ce sens, Christian GUERY affirme qu'« *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*¹³⁹. » Toutefois, selon nous, cette modification législative ne changerait, en pratique, pas grand-chose aux éléments constitutifs de ces infractions voire ne ferait qu'en compliquer la preuve. En effet, lors d'un procès pour agression sexuelle par exemple, l'accusation devra apporter la preuve de l'absence de consentement de la victime, et pour ce faire, elle se basera naturellement sur la constatation d'une violence, menace, contrainte ou surprise. Sans la preuve de l'un de ces procédés, comment la victime pourrait-elle affirmer qu'elle n'était pas consentante ? Les jurés ne se contenteront pas de croire en l'absence de consentement de la victime simplement sur parole de cette dernière. Ainsi, le choix du législateur d'exiger l'emploi de la violence, menace, contrainte ou surprise pour montrer l'absence de consentement présente un avantage considérable en matière de preuve. On le voit, en pratique, le consentement sexuel découle déjà implicitement des éléments constitutifs des infractions sexuelles. La jurisprudence n'hésite pas, elle aussi, à le considérer comme un fondement de l'élément matériel et ainsi à le réintégrer au sein du droit pénal (b).

b) L'absence de consentement sexuel réintégré au sein du droit pénal par la jurisprudence

68. Obligation des juges du fond. - Au XIX^{ème} siècle, le viol était appréhendé par la jurisprudence comme 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*¹⁴⁰. » La volonté du consentement était donc

¹³⁸ A. ANGELLA, projet de thèse en droit pénal : « le consentement en matière d'infractions sexuelles », sous la direction de S. FOURNIER

¹³⁹ C. GUERY, *op. cit.*

¹⁴⁰ Crim. 25 juin 1857, Bull. crim., n° 240

au cœur de la définition de l'infraction et ce jusqu'à la loi du 23 décembre 1980¹⁴¹ qui a remplacé le défaut de consentement par l'usage de la violence, de la contrainte ou de la surprise. Ainsi, légalement, le viol et les autres agressions sexuelles sont consommés par la pénétration sexuelle réalisée par violence, contrainte, menace ou surprise. Les juges du fond doivent donc, pour caractériser ces infractions, relever explicitement la présence de l'un de ces procédés. On note que les décisions de première instance font régulièrement l'objet de cassation dès lors que les juges ne précisent pas les éléments légaux de l'infraction. En ce sens, la Chambre criminelle a censuré un arrêt dans lequel les énonciations des juges ne caractérisent pas en quoi les agressions sexuelles auraient été commises par violence, contrainte, menace ou surprise.¹⁴²

69. Absence de consentement en tant qu'élément constitutif. - La Cour de cassation conditionne ainsi la condamnation de l'auteur à la constatation par les juges du fond de l'emploi de l'un des quatre procédés. Cependant, dans le même temps, la Chambre criminelle demeure très attachée au comportement de la victime et à son absence de consentement. C'est pourquoi, dans un arrêt du 20 juin 2001, la Chambre criminelle affirme que « *l'absence totale de consentement de la victime, élément constitutif de l'agression sexuelle, doit être caractérisée pour que l'infraction soit constituée*¹⁴³. » Cette décision montre que la jurisprudence réintègre l'absence de consentement de la victime dans l'élément matériel des agressions sexuelles, solution qui peut également s'étendre au viol dès lors que ces deux infractions possèdent la même matérialité. La position de principe de 1857 de la Haute juridiction, fondée sur le défaut de consentement, semble être sous-tendue dans ses décisions actuelles. La Chambre criminelle affirme qu'il revient au juge du fond d'examiner empiriquement les cas où la victime ne manifeste aucune résistance mais ne consent pas pour autant¹⁴⁴. Tel est le cas d'une femme qui s'endort sur la banquette arrière d'une voiture après une soirée alcoolisée et à laquelle l'auteur impose un rapport sexuel¹⁴⁵ ou celui d'une femme qui reste passive face à la pénétration de l'auteur en raison de troubles psychiques¹⁴⁶. On assiste alors à une évolution de la jurisprudence qui entend « *donner aux critères légaux une quasi-équivalence avec l'absence de consentement*¹⁴⁷. »

¹⁴¹ Loi 23 décembre 1980 n°80-1041 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs

¹⁴² Crim. 23 janv. 2019, n°17-87.393

¹⁴³ Crim. 20 juin 2001, n°00-88.258

¹⁴⁴ J. PORTIER, *op. cit.*

¹⁴⁵ Toulouse, 16 mai 2006, n° 06/00542

¹⁴⁶ Crim. 8 juin 1994, n° 94-81.376.

¹⁴⁷ C. GUERY, « on crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », RSC 2020, p255

70. Maintien du droit positif. - Selon nous, le droit positif conduit à une « *approche répressive*¹⁴⁸ » de la Cour de cassation qui définit très largement la violence, la menace, la contrainte et la surprise, favorisant ainsi la victime. D'un côté, la Chambre criminelle exige toujours la constatation de l'élément matériel légal, c'est-à-dire, l'usage de l'un des procédés par l'auteur. D'un autre côté, elle contrôle si les juges du fond ont bien caractérisé l'absence de consentement de la victime qui se déduit des circonstances de l'espèce. Ainsi, le raisonnement juridique actuel de la jurisprudence permet d'élargir la répression du viol et des agressions sexuelles à de plus en plus de comportements. Tel ne serait plus le cas si on remplaçait l'usage de la violence, menace, contrainte ou surprise par l'absence de consentement sexuel. Qu'en serait-il du cas où la victime a donné de manière libre son consentement mais qu'il s'est retrouvé surpris par la suite ? En l'espèce, les juges ne pourraient pas caractériser l'absence de consentement puisque la victime a effectivement donné son consentement. Il nous paraît alors plus judicieux, dans l'intérêt de la victime, de conserver l'élément matériel du viol et des agressions sexuelles tel qu'il est dès lors que la jurisprudence prend déjà en compte le défaut de consentement au titre des éléments constitutifs. Cette réforme n'irait donc pas dans le sens de l'intérêt de la victime et présenterait, également, des dangers au regard de la légalité criminelle, principe cardinal du droit pénal (2).

2) *Les dangers de la formalisation de l'absence de consentement sexuel en tant qu'élément constitutif explicite au regard du principe de légalité criminelle*

71. Légalité criminelle. - La formalisation explicite du défaut de consentement dans le Code pénal mettrait en péril le respect du principe de légalité criminelle, notamment de la précision de la loi pénal (a). Toutefois, il existe un cas pour lequel une modification législative apparaît nécessaire : celui de la zone grise du viol ou d'agressions sexuelles par acceptation (b).

a) Le manque de précision dans la définition de l'absence de consentement

72. Définition du consentement sexuel. - Comme évoqué précédemment, une modification du Code pénal est envisagée afin de remplacer l'emploi de violence, contrainte, menace, surprise de l'auteur par l'absence de consentement de la victime. Il reviendrait alors au législateur de définir de manière claire et précise l'absence de consentement dans une

¹⁴⁸ F. DESPREZ, Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles, Arch. polit. crim. 2012/1, n° 34, p. 45 à 69

disposition distincte, en ajoutant, par exemple, un article 222-22-2. En effet, si le législateur se contente de modifier l'élément matériel du viol et des autres agressions sexuelles sans définir ce qu'est ou n'est pas le consentement, il contreviendrait au principe de légalité criminelle. Le Conseil constitutionnel n'hésiterait pas à abroger le nouvel article et à le déclarer contraire à la Constitution, comme il l'a fait pour le harcèlement moral qui était simplement défini comme le fait d'harcéler autrui¹⁴⁹.

73. Précision et clarté de la loi pénale. - A ce titre, le principe de légalité formelle des délits et des peines suppose, traditionnellement, que la création des incriminations et des sanctions relève du monopole législateur. A cela s'ajoute l'exigence de la qualité de la loi, dépendante de son accessibilité et de sa prévisibilité, qui renvoi à la légalité matérielle. C'est justement sur le terrain de cette légalité substantielle que l'absence de consentement pose problème. On ne conçoit pas comment le législateur, pour se conformer à la condition de précision et de clarté de la loi pénale, pourrait définir de manière exhaustive toutes les situations d'absence de consentement de la victime. Les défenseurs de cette proposition législative nous répondraient de prendre exemple sur l'article 273.1 du Code criminel canadien qui prévoit dans un (1) la « définition du consentement ». Le consentement est ainsi défini positivement comme « *l'accord volontaire du plaignant à l'activité sexuelle*¹⁵⁰. » Or, selon nous, cette définition n'est pas assez précise. D'une part, la restriction à l'accord « volontaire » ne permet pas de prendre en compte les situations où la victime a donné intentionnellement son accord, lequel s'est retrouvé vicié par la suite. C'est en effet le cas du viol par surprise qui renvoie à la situation où la victime a consenti à l'acte sexuel mais a ensuite été trompée sur les caractéristiques physiques de l'auteur par exemple¹⁵¹. La définition canadienne est ainsi moins précise que l'élément matériel du droit français qui prévoit explicitement le cas des infractions sexuelles commis par surprise. D'autre part, la définition du Code criminel canadien ne prend pas en compte l'exigence de réciprocité qui suppose que les deux personnes concernées par l'acte sexuel se donnent mutuellement leur consentement. La version canadienne se concentre sur la victime, ce qui montre, une fois encore, le manque de précision, élément pourtant essentiel au regard du principe de légalité.

¹⁴⁹ Décision QPC 4 mai 2012 n°2012-240 : « la disposition contestée méconnaît le principe de légalité des délits et des peines ainsi que les principes de clarté et de précision de la loi, de prévisibilité juridique et de sécurité juridique »

¹⁵⁰ Article 273.1 (1) Code criminel canadien, *op. cit.*

¹⁵¹ Crim. 23 janv. 2019, n° 18-82.833, Bull. crim. n° 25

Si l'on continue la lecture de l'article 273.1 (2), on découvre un titre « restriction à la notion de consentement » au sein duquel il y a une liste d'hypothèses dans lesquelles le consentement fait défaut : « *il n'y a pas de consentement du plaignant dans les circonstances suivantes : a) l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers ; a.1) il est inconscient ; b) il est incapable de le former pour tout autre motif que celui visé à l'alinéa a.1) ; c) l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir ; d) il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité ; e) après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci*¹⁵². » Cette énumération ne nous paraît pas satisfaisante au regard de la précision et de la clarté de la loi pénale. En ce sens, la formulation « incapable de le former pour tout autre motif » est trop extensive : renvoie-t-elle seulement aux personnes incapables juridiquement telles que les très jeunes mineurs et les individus souffrant d'une déficience mentale ? Aux personnes qui manquent de discernement ? Aux personnes qui sont incapables temporairement car endormies, inconscientes, évanouies ? Dans le même sens, l'absence d'accord de la victime à la poursuite de l'activité sexuelle permet de punir pour viol celui qui entretient un jeu de rôle dans lequel la victime fait exprès de lui résister. Est-ce la situation où la victime a consenti à l'acte sexuel puis se ravise ?

On le voit, cette énumération n'est pas précise dans ses éléments et ne prévoit pas tous les cas d'absence de consentement. Elle reste, en effet, silencieuse sur le consentement donné à la suite de stratagèmes mis en place par l'auteur ou sur la passivité de la victime par exemple. Le choix de faire de l'absence de consentement un élément constitutif entraîne nécessairement une interprétation du juge qui doit interpréter ce défaut de consentement pour le qualifier. En ce que cette expression est générale, le juge se retrouve dans l'obligation d'étendre les termes de la loi pour l'interpréter ce qui est contraire au principe d'interprétation stricte de la loi pénale.

74. Prévisibilité de la loi pénale. - La formalisation explicite du consentement dans le Code pénal français se ferait également aux dépens de la prévisibilité de la loi pénale. La prévisibilité renvoie, classiquement, au fait pour le citoyen de savoir par avance ce qui est interdit et ce qui ne l'est pas. N'est-il pas plus facile pour ce dernier de comprendre que s'il a une relation sexuelle avec violence, contrainte, menace, surprise, il commet un viol, plutôt qu'en l'absence de consentement ? L'auteur pourra très bien alléguer qu'il pensait que la victime était tout à fait

¹⁵² Article 273.1 (2) Code criminel canadien

consentante alors qu'il ne peut pas nier avoir fait preuve de violences, élément objectivement constatable. Ainsi, l'introduction explicite du consentement dans le Code pénal, à l'image du Canada, ne nous paraît pas opportun au regard du principe de légalité criminelle. Toutefois, il existe un cas pour lequel, sans pour autant formaliser l'absence de consentement, une modification législative apparaît nécessaire : c'est le cas du viol ou d'agressions sexuelles par acceptance¹⁵³.

b) Une modification législative nécessaire en cas de viol ou d'agressions sexuelles par acceptance

75. Nécessaire modification législative. - Bien que nous sommes favorables au maintien de la condition d'emploi d'une violence, menace, contrainte ou surprise pour caractériser le viol et les autres agressions sexuelles, il nous paraît nécessaire de modifier la loi dans le cas des infractions sexuelles par acceptance. Cette expression doctrinale reflète un phénomène qui n'a pas été imaginé par le législateur de 1994 et qui ne renvoie pas aux stéréotypes du violeur qui enlève sa victime dans une ruelle sombre, la frappe et la viole. C'est plutôt la situation dans laquelle l'auteur commet une pénétration ou une atteinte sexuelle sur la victime, sans violence, menace, contrainte ni surprise ; victime qui ne dit rien (ni oui, ni non), qui ne fait rien (ne se débat pas, ne crie pas). C'est souvent le cas d'une victime qui connaît son agresseur (mari, petit-copain, ami) et qui, soit est en état de choc, soit se soumet à la situation sans aucune réaction. En somme, la victime qui accepte la relation sexuelle par habitude, par lassitude, par plaisir pour l'autre. Cette situation qui, certes ne réunit pas les éléments constitutifs du viol ou de l'agression sexuelle, constitue une zone grise qui ne peut rester impunie.

76. Ingérence du droit pénal. - La fonction première du droit pénal consiste dans le fait d'incriminer un comportement considéré comme dangereux et de l'ériger en infraction pénale. Le critère d'ingérence du droit pénal dans la société est celui de la gravité. En effet, c'est parce qu'un comportement est gravement préjudiciable pour l'intérêt général que la répression devient nécessaire. Alors, le droit pénal doit-il intervenir dans les relations familiales, amoureuses ? Surtout, est-il légitime à intervenir dans ce cas d'infractions sexuelles commises par acceptance ? A ce titre, le droit pénal s'est progressivement saisi des violences sexuelles au sein du couple. Alors que pendant longtemps, la jurisprudence admettait une présomption de

¹⁵³ J.C SAINT-PAU

consentement à l'acte sexuel entre époux -qui trouvait sa justification dans les obligations résultant du mariage-, elle a opéré, en 1995¹⁵⁴, un revirement de jurisprudence en la matière, supprimant ainsi cette immunité. Le législateur est venu modifier l'article 222-22¹⁵⁵ pour y ajouter une référence aux liens du mariage. Nous comprenons alors aisément que le droit pénal intervienne afin de sanctionner les relations sexuelles sans consentement commises entre époux.

77. Difficultés. - Selon nous, une modification législative apparaît nécessaire afin de réprimer cette situation d'infractions sexuelles par acceptation. Toutefois, en pratique, cela pose de nombreuses difficultés. Faut-il faire de cette zone grise une infraction autonome ? Si l'on retient cette conception, il est évident que ce comportement serait érigé en délit, voire en contravention, mais jamais en crime. Cela permettrait alors de mettre en place une sorte de gradation dans les infractions sexuelles : le viol puni de quinze ans de réclusion criminelle, les autres agressions sexuelles punies de cinq ans d'emprisonnement et ce que nous choisissons d'appeler le délit « d'obtention d'une relation sexuelle par insistance » puni de 2 ans d'emprisonnement. Cette nouvelle incrimination serait alors une infraction d'habitude, consommée dès la deuxième fois que le partenaire insiste pour avoir une relation sexuelle. Ce serait la répétition de l'acte qui constituerait l'indifférence de l'auteur vis-à-vis du consentement de la victime. Mais, d'un point de vue probatoire, comment prouver la répétition de l'acte ? Comment prouver le caractère passif de la victime ? La définition de l'élément matériel poserait également problème au regard du principe de légalité : comment définir le couple ? les connaissances proches ? A partir de quel moment une personne devient insistante ? De plus, cette incrimination pourrait être instrumentalisée dès lors que chaque fois qu'un couple se dispute, l'un des partenaires pourrait porter plainte en disant qu'il/elle a subi la relation sexuelle non consentie, bien qu'il n'y ait pas de violence, menace, contrainte, surprise. On le voit, ériger ce comportement en infraction autonome apparaît compliqué. Faut-il alors en faire une circonstance aggravante du viol et des autres agressions sexuelles ? D'après nous, ce comportement ne semble pas être une cause d'aggravation mais justement un acte moins grave que celui commis par violence, menace, contrainte, surprise. Peut-être faudrait-il ajouter l'insistance au sein de l'élément matériel, à côté de la violence, menace, contrainte, surprise ? Or, encore une fois, le fait pour l'auteur d'insister pour avoir une relation sexuelle, ce qui conduit à ce que la victime accepte par « lassitude » ne constitue pas un acte de même gravité

¹⁵⁴ CEDH, 22 novembre 1995, S.W. c. Royaume-Uni, n°20166/92

¹⁵⁵ Article 222-22 Code pénal, *op. cit*

qu'une violence ou qu'une menace. Partant, l'incrimination de ce comportement apparaît nécessaire mais complexe. Il revient ainsi au législateur de se saisir de ce phénomène afin d'étudier la meilleure façon d'en apporter la répression.

Par conséquent, la formalisation explicite du consentement sexuel présente des difficultés au regard des éléments constitutifs des infractions contre les majeurs. En ce sens, son introduction dans la loi n'est pas opportune dès lors que le défaut de consentement est déjà implicitement pris en compte par le droit pénal et que, sans précision supplémentaire quant à sa définition, il irait à l'encontre du principe de légalité des délits et des peines. Il existe également des obstacles à cette proposition de modification législative au regard des éléments constitutifs des infractions contre les mineurs (B).

B) Les difficultés au regard des éléments constitutifs des infractions contre les mineurs

78. Infractions sexuelles contre les mineurs. - D'une part, le mineur est protégé, comme les majeurs, par les infractions de viol et des autres agressions sexuelles des articles 222-23 et suivants du Code pénal supposant l'emploi d'une violence, contrainte, menace, surprise. A ce titre, la loi du 21 avril 2021¹⁵⁶ a ajouté l'article 222-23-1¹⁵⁷ qui prévoit le viol commis par un majeur sur un mineur de 15 ans lorsque la différence d'âge est d'au moins cinq ans et l'article 222-23-2¹⁵⁸ qui définit le viol incestueux sur mineur. D'autre part, le législateur a décidé d'incriminer spécifiquement des infractions sexuelles supposant un contact corporel physique commis à l'encontre des mineurs dans un Chapitre VII « des atteintes aux mineurs et à la famille », section V « de la mise en péril des mineurs. » L'article 227-25¹⁵⁹ réprime l'atteinte sexuelle commis sur un mineur de 15 ans et l'article 227-27¹⁶⁰ celle commise sur un mineur de

¹⁵⁶ Loi n° 2021-478 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, parue au JO n° 95 du 22 avril 2021

¹⁵⁷ Article 222-23-1 alinéa 1 Code pénal : « hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue également un viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans »

¹⁵⁸ Article 222-23-2 Code pénal : « hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue un viol incestueux tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait »

¹⁵⁹ Article 227-25 Code pénal, *op. cit*

¹⁶⁰ Article 227-27 Code pénal, *op. cit*

plus de 15 ans. Ces infractions sont parfois appelées atteintes sexuelles non agressives¹⁶¹ dès lors qu'elles sont constituées sans violence, contrainte, menace ni surprise.

On le voit, le mineur fait naturellement l'objet d'une protection accrue dès qu'il est question d'infractions sexuelles. Toutefois, l'articulation des éléments constitutifs de ces infractions apparaît complexe dès lors que ces derniers varient en fonction de la présence ou de l'absence de la violence, contrainte, menace, surprise (1). Ainsi, l'instauration d'un seuil d'âge légal de consentement sexuel au titre d'élément constitutif présente de nombreux avantages en la matière (2).

1) La complexité de l'articulation des éléments constitutifs en présence ou en l'absence de menace, contrainte, violence ou surprise

79. Protection spécifique. - Dès lors que le mineur apparaît vulnérable au regard des violences sexuelles, le législateur entend lui accorder un statut juridique spécifique et une protection accrue. Or, on note une confusion au sein de l'arsenal législatif relatif aux infractions contre les mineurs (a) ce qui a pour conséquence d'entraîner des hésitations dans l'application des différentes qualifications juridiques (b).

a) La confusion au sein de l'arsenal législatif relatif aux infractions contre les mineurs

80. Diverses incriminations. - Les infractions sexuelles contre les mineurs font l'objet de dispositions éparées dans le Code pénal ce qui ne facilite pas leur compréhension. En effet, il faut distinguer d'un côté selon la nature de l'infraction et d'un autre, selon l'âge de la victime. S'agissant de la distinction selon la nature de l'infraction, les mineurs peuvent être victimes soit d'une agression sexuelle, soit d'une atteinte sexuelle. D'une part, les agressions sexuelles supposent, au même titre que pour les majeurs, la caractérisation d'une violence, contrainte, menace ou surprise qui établit l'absence de consentement du mineur. D'autre part, les atteintes sexuelles, quant à elles, sont constituées en l'absence de toute violence, contrainte, menace ou surprise et hors les cas de viol ou d'agressions sexuelles. Dans cette situation, il faut distinguer selon l'âge de la victime. Si la victime est un mineur de 15 ans, la seule constatation d'un acte sexuel impliquant un contact physique commis par un majeur sur ce mineur de 15 ans constitue

¹⁶¹ J.C SAINT PAU, Cour Magistral Master 1 Droit pénal et sciences criminelles, Université de Bordeaux

l'infraction. Si la victime est un mineur de plus de 15 ans, c'est l'observation du rapport d'ascendance ou d'autorité entre l'auteur et cette victime qui permet de retenir l'infraction. Dans ces deux cas, l'auteur du contact physique sexuel avec une victime mineure est punissable alors même que cette dernière a consenti. Une troisième hypothèse est à prendre en compte : celle du très jeune mineur dont le consentement ne peut pas être pris en compte en raison de son trop jeune âge. Dans cette situation, la recherche de l'absence de consentement ne présente aucun sens¹⁶² dès lors qu'il n'est pas discernant. A défaut de fondement légal, c'est la jurisprudence qui est venue dégager l'idée selon laquelle l'état de contrainte ou de surprise résultant du très jeune âge des enfants les rend incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur sont imposés¹⁶³. On considère donc que l'acte sexuel commis sur un mineur non discernant en raison de son très jeune âge constitue nécessairement une agression sexuelle dès lors que le mineur peut être présumé *ipso facto* surpris ou contraint¹⁶⁴. Ainsi, le consentement sexuel de la victime est bien un élément constitutif des atteintes sexuelles à défaut duquel il ne peut s'agir que d'une agression sexuelle, éventuellement aggravée par la minorité de la victime ou de la qualité de l'auteur.

81. Justification par la différence d'âge. - Ce choix d'incriminer les atteintes sexuelles résulte de l'état des mœurs qui considère qu'il est répréhensible pour un majeur d'avoir des relations sexuelles avec un mineur soit parce qu'il a moins de 15 ans, soit parce qu'il entretient une relation d'ascendant ou d'autorité sur lui. Cette volonté de protection des mineurs se comprend aisément. Toutefois, la condition de la majorité de l'auteur est critiquable en ce qu'elle autorise un grand mineur à avoir une relation sexuelle avec un jeune mineur du moment que celui-ci y consent¹⁶⁵. Elle l'est également au regard de l'autonomie sexuelle des mineurs dès lors qu'un mineur de 14 ans et demi peut tout à fait être valablement consenti à avoir une relation sexuelle avec un majeur de 18 ans. En réalité, le critère de gravité de l'acte à partir duquel il nécessite une répression résulte de la grande différence d'âge entre l'auteur et la victime. Le législateur a comblé cette lacune en créant une nouvelle infraction de viol constituée par une pénétration sexuelle commis par un majeur sur un mineur lorsque la différence d'âge est d'au moins cinq ans¹⁶⁶.

¹⁶² J.C SAINT-PAU, « Le mineur victime d'une infraction pénale » in *La victime de l'infraction pénale*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2016

¹⁶³ Crim., 7 déc. 2005 : Bull. crim., n° 326

¹⁶⁴ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2011, n° 566

¹⁶⁵ M.L RASSAT, *Infractions des et contre les particuliers*, V. spéc., n°487, p. 457

¹⁶⁶ Article 222-23-1 Code pénal

82. Élément constitutif et circonstance aggravante. - A cela s'ajoute également la confusion de la minorité en tant que circonstance aggravante et en tant qu'élément constitutif. « *Cette proximité est parfois facteur de dérapage, le juge ayant tendance à les confondre*¹⁶⁷. » En ce sens, soit la minorité de la victime qualifie l'infraction car le résultat est dirigé contre le mineur : elle fait ainsi partie de la définition et des éléments constitutifs de l'infraction. C'est le cas des infractions classées dans le Chapitre VII « des atteintes aux mineurs et à la famille ». Soit l'infraction est incriminée sans référence à la minorité de la victime, laquelle devient alors une circonstance aggravante. Il en est ainsi des infractions contre la vie et l'intégrité physique qui sont automatiquement aggravées par la minorité de 15 ans de la victime. » Partant, on comprend que « *l'application de l'ensemble du dispositif, pourtant légalement organisé au sein d'une articulation théoriquement porteuse*¹⁶⁸ » peut être à l'origine de solutions peu orthodoxes. Il arrive parfois que les juges hésitent dans l'application des différentes qualifications juridiques (b).

b) Les hésitations dans l'application des différentes qualifications juridiques

83. Opération de qualification du juge. - Le juge doit retenir la qualification juridique la plus adaptée aux faits incriminés et vérifier qu'ils correspondent effectivement aux éléments constitutifs de l'infraction c'est-à-dire à l'élément légal, matériel et moral. Le juge doit alors s'assurer que la qualification pénale est en adéquation avec la poursuite envisagée. Or, « *cette recherche de la justice qualification est une opération délicate, ce pourquoi, à différents stades de la procédure, on peut voir la qualification changer*¹⁶⁹. » En matière d'infractions sexuelles contre les mineurs, il est fréquent que les juges hésitent dans la qualification à retenir. En effet, comme nous l'avons vu précédemment, il existe de nombreuses dispositions protégeant les mineurs victimes ce qui fait que les frontières entre les différentes qualifications sont discutables. Cette confusion peut poser des difficultés notamment au regard du phénomène de requalification.

84. Requalification par le juge. - Il arrive qu'au cours de la procédure, le parquet sollicite une requalification des faits d'agressions sexuelles en atteintes sexuelles lorsque la présence de

¹⁶⁷ Y. MAYAUD, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », AJ Pénal 2004 p.9

¹⁶⁸ *Ibidem*

¹⁶⁹ M. ROMERO, « Le traitement juridique des délits sexuels sur mineurs, une enquête de sociologie judiciaire et législative », HAL ID : tel-02145378, 2 juin 2019

violence, menace, contrainte, surprise n'est pas certaine. Dans l'affaire dite « Julie »¹⁷⁰, la Cour de cassation a confirmé la requalification des viols en atteintes sexuelles sur mineur de 15 ans en réunion retenue par le juge d'instruction. La Chambre criminelle rappelle que la loi exige, pour la consommation du viol ou des agressions sexuelles, que les faits aient été commis avec violence, contrainte, menace ou surprise, à défaut de quoi, l'acte sexuel commis par un majeur sur un mineur de moins de 15 ans est qualifié d'atteinte sexuelle. Cette décision a suscité de vives réactions, notamment de la part de la famille de la victime qui a déclaré « *sans un regard, sans un mot, en une minute, la justice nous a dit que les trois pompiers n'iront pas en Cour d'assises*¹⁷¹. » Or, cette solution n'est qu'une application stricte de la loi qui prévoit qu'en l'absence de violence, menace, contrainte, surprise, ni le viol ni l'agression sexuelle ne peut être retenu. C'est ici que la qualification d'atteinte sexuelle prend tout son sens puisqu'elle permet de renvoyer l'auteur devant le Tribunal correctionnel.

Dans une autre affaire¹⁷², la Cour de cassation a requalifié un viol commis sur mineur en agression sexuelle en l'absence de certitude quant à la pénétration réalisée sur la victime. La formulation maladroite de la Chambre criminelle a conduit certains médias à s'insurger de cette décision¹⁷³, dénonçant le fait que la Cour de cassation exige que la pénétration dépasse un seuil d'intensité, de profondeur, de durée ou de mouvement. Or cette solution se comprend naturellement : la seule information dont disposait les juges du fond était que la victime avait subi un cunnilingus, sans savoir si la langue du prévenu avait dépassé l'orée du vagin et le cas échéant, s'il l'avait fait de manière intentionnelle. Ce doute quant à la pénétration effective de la victime laissait peu de chance à la qualification de viol d'être retenue, conduisant ainsi à une relaxe probable de l'auteur devant la Cour d'assises. La Chambre de l'instruction, dans une forme de prudence, a préféré requalifier les faits en agression sexuelle aggravée, infraction qui ne suppose pas de pénétration sexuelle. Cette décision montre la volonté de la Chambre de l'instruction de « *combattre l'impunité liée au défaut de preuve*¹⁷⁴. »

¹⁷⁰ Crim, 17 mars 2021, n°20-86.318

¹⁷¹ Déclaration faite par la victime à RT France

¹⁷² Crim. 14 octobre 2020, n°20-83.273

¹⁷³ K. JANSELME, Scandaleux : pour la justice petite pénétration ne vaudrait pas viol, *l'Humanité*, 3 nov. 2020

¹⁷⁴ M. DOMINATILE, Viol : la pénétration « significative » ne requiert aucun seuil de profondeur, 13 novembre 2020, Dalloz actualité

On le voit, le régime juridique applicable aux mineurs n'est pas clair. Selon nous, il faudrait mettre en place un seuil d'âge légal en dessous duquel toute relation sexuelle avec un majeur est répréhensible (2). Le législateur s'est saisi de cette question par la loi du 21 avril 2021¹⁷⁵

2) *Les avantages de l'instauration d'un seuil d'âge légal de consentement sexuel en tant qu'élément constitutif*

85. Seuil d'âge légal. - La volonté d'instaurer un seuil d'âge légal de consentement n'est pas nouvelle. En effet, cette mesure était déjà discutée lors du projet de loi Schiappa de 2018 mais avait été abandonnée par le gouvernement après un avis défavorable du Conseil d'État¹⁷⁶. Elle a été remise à l'ordre du jour par la proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels¹⁷⁷. L'instauration d'un seuil d'âge légal présente de nombreux avantages en matière de preuve et en droit substantiel. A ce titre, elle permet de mettre fin aux débats délicats autour de la présence ou l'absence de la victime mineure (a). Le choix d'instaurer une différence d'âge importante au titre des éléments constitutifs présente également des bénéfices (b).

a) La fin des débats délicats autour de la présence ou l'absence de consentement du mineur

86. Déduction du jeune âge de la victime. - Jusqu'à récemment, notre droit positif n'opérait pas de distinction entre le viol et l'agression sexuelle commis sur un majeur ou sur un mineur. Dans les deux cas, la démonstration du défaut de consentement de la victime passait nécessairement par la preuve d'une violence, menace, contrainte ou surprise. La minorité de la victime n'était prise en compte qu'au titre d'une circonstance aggravante de l'infraction simple. Or, dans ce cas spécifique d'une victime mineure de 15 ans, il arrivait qu'un débat délicat soit ouvert sur la présence ou l'absence de consentement de la victime au regard des circonstances de l'espèce. En effet, il était parfois complexe pour les juges de démontrer le défaut de consentement du mineur lorsque les violences sexuelles étaient imposées par le recours à la contrainte morale ou à la surprise. La jurisprudence était amenée à se prononcer sur la possibilité de déduire la violence, contrainte, menace ou surprise du seul jeune âge de la

¹⁷⁵ Loi 21 avril 2021 n° 2021-478 *op. cit*

¹⁷⁶ Conseil d'État, avis 15 mars 2018, n°394437

¹⁷⁷ Rapport n° 271 (2020-201) de Mme MERCIER fait au nom de la commission des lois, déposé le 13 janvier 2021

victime¹⁷⁸. En premier lieu, la Cour de cassation a affirmé clairement que l'absence de consentement résultant de la surprise ne pouvait pas se déduire du jeune âge de la victime¹⁷⁹. Puis, en second lieu, la Chambre criminelle a adouci sa position en admettant que le très jeune âge de la victime implique qu'elle n'a pas pu comprendre la portée des actes accomplis et qu'elle a nécessairement été surprise¹⁸⁰. Ainsi, le régime instauré par la jurisprudence est binaire¹⁸¹ : soit le défaut de consentement résulte *ipso facto* du très jeune âge de la victime (6 ans, 10 ans), soit le mineur est doté de discernement et la minorité ne suffit pas en elle-même pour démontrer l'absence de consentement ; le juge devra s'appuyer sur d'autres éléments afin d'étayer ce défaut de consentement. Selon certains auteurs, ce raisonnement juridique est « entaché d'insécurité pour laisser aux juges du fond une large marge d'appréciation¹⁸² » sur la présence ou non du consentement. Cette casuistique a pour conséquence de centrer l'attention sur des données factuelles telles que le comportement de la victime : a-t-elle eu une attitude aguicheuse ? a-t-elle menti sur son âge ?

87. Apports de la loi d'avril 2021. - La loi du 21 avril 2021 est intervenue pour mettre fin aux hésitations et a introduit les articles 222-23-1¹⁸³ et 222-29-2¹⁸⁴ qui prévoient spécifiquement le viol et l'agression sexuelle consommés par l'acte sexuel commis par majeur sur un mineur de 15 ans lorsque la différence d'âge est d'au moins cinq ans. Dorénavant, la pénétration sexuelle ou l'attouchement commis par un majeur sur un mineur de 15 ans lorsqu'il existe une différence d'âge d'au moins cinq ans entraîne une présomption d'absence de consentement de la victime. Partant, le juge est « déchargé du fardeau de la preuve du défaut de consentement¹⁸⁵. » Cette nouvelle incrimination est claire : s'il y a une pénétration, que la victime a moins de 15 ans, que l'auteur a plus de 18 ans et qu'il existe entre eux une différence d'âge d'au moins cinq ans, le viol est constitué. Le juge pénal n'a plus à rechercher dans les faits d'espèce les éléments extérieurs à la minorité qui permettraient de retenir l'absence de

¹⁷⁸ KOERING-JOULIN, Brèves remarques sur le défaut de consentement du mineur de quinze ans victime de viols ou d'agressions sexuelles, Mélanges PRADEL, 2006, Cujas, p. 389

¹⁷⁹ Crim. 1^{er} mars 1995, n°94-85.393

¹⁸⁰ Crim. 7 décembre 2005, n° 05-81.316

¹⁸¹ A. DARSONVILLE, « Défaut de consentement », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2020 (actualisation : janvier 2021)

¹⁸² *Ibidem*

¹⁸³ Article 222-23-1 Code pénal, *op. cit*

¹⁸⁴ Article 222-29-2 Code pénal : « hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue également une agression sexuelle punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans »

¹⁸⁵ A. DARSONVILLE, Libres propos sur la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, Revue Lexbase Pénal, n° 9, oct

consentement. Il se fonde dorénavant sur l'âge de la victime et de l'auteur, donnée objective. Si cette infraction avait été incriminée au moment de l'affaire « Julie »¹⁸⁶, les juges n'auraient pas pu affirmer que les accusations de la plaignante n'étaient pas corroborées par aucun élément objectif sur l'absence de consentement de l'intéressée. Ainsi, cette nouvelle infraction autonome repose sur des données objectives qui ne peuvent faire l'objet de débat, tel est notamment le cas de la différence d'âge d'au moins cinq ans que les juges doivent constater (b).

b) Les bénéfices de la création d'une différence d'âge d'au moins cinq ans

88. Clause « Roméo et Juliette ». - Le seuil de non-consentement a pour conséquence que plus « *aucun adulte ne pourra dire que l'enfant de moins de 15 ans était d'accord*¹⁸⁷. » Toutefois, le Ministre de la Justice, partisan de cette nouvelle mesure, entend bien protéger les amoureux adolescents en créant une clause dite « Roméo et Juliette ». Cette exception permet de ne pas appliquer le nouveau crime de viol sur mineurs de 15 ans lorsque l'auteur majeur et la victime mineure ont moins de cinq ans d'écart. A ce titre, en 2018, la volonté était de modifier l'article 222-23¹⁸⁸ en remplaçant la violence, contrainte, menace, surprise par le seul fait que l'auteur ne pouvait ignorer l'âge de la victime. La première proposition de texte incriminait alors le viol comme tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur un mineur de 15 ans par un majeur lorsque l'auteur connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime. Or, comme le Conseil d'État l'a affirmé¹⁸⁹, cette substitution ne permet pas de caractériser suffisamment l'élément intentionnel du crime pour lequel « *la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés*¹⁹⁰. » Ainsi, le mineur de 17 ans et demi, qui a des relations sexuelles avec un mineur de 14 ans, deviendrait *de facto* un criminel le jour de ses 18 ans et serait renvoyé devant la Cour d'assises pour viol. Selon le Conseil d'État, cette qualification est d'autant plus automatique qu'il est facile de démontrer que l'auteur connaissant l'âge de la victime ou ne pouvait l'ignorer, s'agissant d'une relation amoureuse¹⁹¹. Partant, Monsieur DUPONT-MORETTI a conservé ses réflexes

¹⁸⁶ Crim, 17 mars 2021, *op. cit*

¹⁸⁷ E. DUPONT-MORETTI

¹⁸⁸ Article 222-23 *op.cit*

¹⁸⁹ Conseil d'État, avis 15 mars 2018, *op. cit.*

¹⁹⁰ Décision Const. n° 2011-16 QPC, 16 septembre 2011

¹⁹¹ Conseil d'État, avis 15 mars 2018, *op. cit.*

d'ancien avocat pénaliste : en instaurant cette clause, il souhaite empêcher une censure sur le plan constitutionnel.

89. Infraction autonome. - La loi du 21 avril 2021 est venue créer une infraction autonome. En ce sens, à côté du viol classique de l'article 222-23, le législateur a intégré l'article 222-23-1 incriminant le viol commis sur un mineur de 15 ans lorsque la différence d'âge entre l'auteur et la victime est d'au moins cinq ans. On ne peut que saluer le fait d'ériger ce comportement en infraction autonome mais également le fait de prévoir une donnée objective permettant de prouver le caractère répréhensible de l'acte sexuel. C'est justement grâce à la différence d'âge, élément objectif, que cette nouvelle disposition devrait passer le filtre du Conseil constitutionnel sans encombre. Il ne s'agit plus, en effet, de se concentrer sur la perception subjective de l'auteur qui devait connaître ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime. Dorénavant, dès que la différence d'âge entre la victime et l'auteur est considérée comme trop grande, tout acte sexuel est réprimé.

90. Conclusion. - En définitive, l'introduction explicite du consentement sexuel n'apparaît pas opportune dès lors qu'elles présentent des difficultés au regard du droit substantiel. En ce sens, cette réforme présente des inconvénients en termes de valeur. Bien qu'elle puisse apparaître bénéfique pour répondre aux exigences de la société et de la victime, elle entraîne une confusion dans le choix de la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles. Au même titre, cette formalisation dans le Code pénal remet en cause les éléments constitutifs classiques des infractions contre les majeurs et contre les mineurs. En effet, s'agissant des majeurs, le consentement sexuel est déjà largement sous-entendu par l'emploi de la violence, menace, contrainte, surprise et réintégré, de manière implicite dans le droit par la jurisprudence. S'agissant des mineurs, l'introduction explicite du consentement aurait pour avantage de mettre fin aux débats sur la présence ou l'absence du consentement du mineur, ce que l'on comprend naturellement en raison de la particulière vulnérabilité de la victime mineure. Toutefois, cette réforme ne ferait que complexifier l'articulation des dispositions pénales protégeant le mineur. Il apparaît également que cette proposition d'intégrer le consentement sexuel dans le Code pénal entraîne des difficultés au regard du droit procédural.

CHAPITRE 2 : L'INTRODUCTION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL AU REGARD DU DROIT PROCEDURAL

91. Les conséquences en droit pénal procédural - L'introduction explicite du consentement sexuel dans la loi se révèle problématique concernant la preuve négative de l'absence de consentement de la victime (I) et la preuve positive du consentement apportée par l'auteur (II).

I. La problématique de la preuve négative de l'absence de consentement au regard de la victime

92. La preuve par la victime. - Actuellement les infractions sexuelles sont prouvées positivement par l'emploi de la violence, contrainte, menace, surprise. Or, l'introduction explicite du consentement aurait pour conséquence de conditionner la preuve de ces infractions à un fait négatif : l'absence de consentement de la victime, ce qui n'est pas sans difficulté (A). Aussi, pour la victime, prouver son absence de consentement peut être complexe au regard de sa position procédurale dans le procès pénal (B).

A) La difficulté de la preuve d'un fait négatif par la victime

93. Présomption d'absence de consentement. - La preuve d'un fait négatif conduit à s'interroger sur l'opportunité de la mise en place d'une présomption d'absence de consentement à la fois pour les majeurs (1) et pour les mineurs (2)

1) De l'opportunité d'une présomption d'absence de consentement pour les majeurs

94. Difficultés. - Mettre en place une présomption d'absence de consentement de la victime pour les majeurs n'apparaît pas pertinent au regard de la complexité de constater un fait négatif (a) et de le prouver (b).

a) La complexité de constater un fait négatif

95. Démonstration d'une violence, menace, contrainte, surprise. - Actuellement, il incombe à l'accusation d'apporter la preuve selon laquelle l'acte sexuel commis par le présumé

coupable l'a été en absence de consentement de la victime. Pour cela, la victime doit prouver positivement la présence d'une violence, contrainte, menace ou surprise. Concrètement, elle peut montrer qu'elle a subi des violences physiques (coups, blessures) qui sont généralement constatées par des certificats médicaux. Elle peut également prouver qu'elle a été contrainte de réaliser l'acte sexuel : soit physiquement (maintien de la tête pour réaliser une fellation forcée), soit moralement (chantage familiale, pression professionnelle). Elle peut encore alléguer qu'elle a été menacée avec une arme. Ou enfin que son consentement a été surpris car elle dormait ou était inconsciente. Les juges du fond doivent apprécier *in concreto* l'existence de l'un de ces procédés sans lequel l'absence de consentement ne peut être caractérisée. La Cour de cassation veille au respect de la démonstration de la violence, contrainte, menace, surprise et n'hésite pas à censurer les décisions ne montrant pas suffisamment l'atteinte au consentement. Selon le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, la liste des modalités d'exécution de ces infractions est limitative. Toutefois, les rédacteurs de 1994 ont contourné cet écueil en prévoyant des termes larges qui permettent de prendre en compte toute sorte de comportement de façon extensive, facilitant ainsi la répression de ces infractions.

96. Démonstration de l'absence de consentement. - La proposition de substituer l'absence de consentement à la violence, menace, contrainte, surprise au titre des éléments constitutifs opèrerait un changement considérable dans la nature du fait à prouver. En effet, la victime serait dans l'obligation de prouver qu'elle a subi un acte sexuel en l'absence de son consentement. Or, ce défaut de consentement constitue un fait négatif, et comment prouve-t-on un fait négatif ? Il est certain que le consentement ne vaut que par son expression qui « *est seule de nature à permettre à celui qui le reçoit d'en avoir la connaissance*¹⁹². » On le voit, la preuve de la présence du consentement est déjà complexe dès lors que ce n'est que parce que la victime formalise son consentement par des gestes ou des paroles que l'auteur sait qu'elle est consentante. C'est une donnée subjective qui peut être appréciée différemment selon chaque individu. Ainsi, il nous paraît beaucoup plus aisé pour la victime de prouver qu'elle a subi un acte positif (violence, menace, contrainte, surprise) plutôt que d'établir qu'elle n'était pas consentante au moment de l'acte. Cette preuve négative suppose que les juges entrent dans la tête de la victime au moment des faits afin de comprendre si oui ou non elle était consentante. Cela revient à sacrifier la parole de la victime qui est la seule à pouvoir prouver son absence de consentement puisqu'aucun élément extrinsèque (tels que des certificats médicaux) ne

¹⁹² C. GUERY, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », RSC 2020, p255

permet d'étayer son discours. N'est-il pas préférable de déduire le défaut de consentement d'éléments positifs, objectivement constatables et qui deviennent donc irrévocables, plutôt que d'un élément subjectif, sans aucune matérialité, qui n'existe que dans l'esprit de la victime ? La réponse selon nous est évidente : constater l'existence d'un fait négatif est naturellement plus difficile, tout comme en apporter la preuve (b).

b) La complexité de prouver un fait négatif

97. Présomptions - Si l'on modifie le Code pénal pour intégrer le défaut de consentement au titre des éléments constitutifs des infractions sexuelles, la victime devra alors apporter la preuve de ce fait négatif. Or, comment prouve-t-on un fait négatif ? Une première proposition permettant de prouver l'absence de consentement conduit à instaurer des présomptions. La présomption peut être entendue comme la « *conséquence que la loi ou le tribunal tirent d'un fait connu à un fait non connu*¹⁹³. » En droit, la présomption « *permet de présumer l'existence d'un fait dont on ignore la véracité à partir d'un fait certain*¹⁹⁴. » Mais alors, quel type de présomption faudrait-il établir au regard des infractions sexuelles contre les majeurs ? D'une part il existe les présomptions de droit, qui sont celles prévues par la loi : c'est le cas de la présomption d'innocence¹⁹⁵. Si l'on choisissait de retenir cette présomption pour prouver l'absence de consentement, il faudrait alors inscrire dans la loi : « est présumé coupable toute personne qui a une relation sexuelle avec une autre en l'absence de son consentement ». Or, cette présomption de droit reviendrait à mettre en place une présomption de culpabilité, interdite en droit pénal. D'autre part, il existe les présomptions de fait qui sont celles qui ne sont pas prévues par la loi mais qui sont laissées à l'appréciation des juges. Avec la proposition de réforme, il revient à la victime d'établir son absence de consentement et elle pourrait le faire en utilisant une présomption de fait selon laquelle l'absence de consentement - fait inconnu - est présumée au regard des circonstances de l'espèce - fait connu -. Or, n'est-ce pas déjà le cas en droit positif puisque la victime apporte la preuve de son défaut de consentement en montrant que l'acte sexuel a eu lieu avec violence, menace, contrainte, surprise ? Selon nous l'introduction explicite du consentement sexuel ne viendrait que complexifier les choses. Le juge ne serait alors plus contraint d'établir l'existence de l'un des quatre procédés puisque le

¹⁹³ Dictionnaire Larousse, « présomption »

¹⁹⁴ <https://www.definition-juridique.fr/presomption/>

¹⁹⁵ Article préliminaire Code de procédure pénale III : « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie »

propre de la présomption de fait est d'être facultative. Ainsi, prouver l'absence de consentement, fait négatif, par des présomptions ne nous paraît pas pertinent ni pour l'accusé, ni pour la victime.

98. Applications de consentement. - Une seconde proposition afin de prouver l'absence de consentement serait de mettre en place des « applications de consentement. » Cette contractualisation des rapports sexuels existe déjà aux Pays-Bas qui ont développé une application, *Legal Fling*, permettant de formaliser un consentement préalable à une relation sexuelle et d'utiliser la *blockchain* pour sécuriser son enregistrement¹⁹⁶. Aux États-Unis, *We-Consent* est une application qui permet à plusieurs personnes de se filmer en train de formaliser leur consentement, cette vidéo étant cryptée et enregistrée¹⁹⁷. On le comprend, l'intention est bonne mais ce nouveau mode de preuve n'est pas sans danger. En effet, ce n'est pas parce qu'une personne accepte d'avoir une relation sexuelle qu'elle accepte d'avoir n'importe quelle relation sexuelle. Aussi, ces applications peuvent desservir la victime dès lors qu'elles ne prévoient aucune rétractation possible. En cas de procès pour viol par exemple, l'utilisation de ces applications sera interprétée comme un indice de consentement¹⁹⁸ de la victime qui devra justifier son changement d'avis. Enfin, ce n'est pas parce qu'une personne n'a pas utilisé cette application qu'elle n'est pas consentante à l'acte sexuel. Partant, les applications de consentement ne permettent pas d'établir la preuve certaine du consentement de la victime, et encore moins son absence.

Par conséquent, la une présomption d'absence de consentement concernant les infractions sexuelles contre les majeurs présente de nombreux inconvénients, notamment au regard de la victime pour qui prouver qu'elle a subi une relation sexuelle non-consentie sera plus difficile. Toutefois, il faut s'interroger sur l'opportunité de cette présomption de non-consentement à l'endroit des mineurs dès lors qu'ils font l'objet d'une protection renforcée (2).

2) De l'opportunité d'une présomption d'absence de consentement pour les mineurs

99. Présomption d'absence de consentement. - Le mineur est une personne considérée comme vulnérable en raison de son âge et suppose donc une protection renforcée par le droit

¹⁹⁶ J. PORTIER, *op. cit.*

¹⁹⁷ F. Joignot, 3 clics pour dire « oui » au sexe, *Le Monde* 3 déc. 2017

¹⁹⁸ J. PORTIER, *op. cit.*

pénal. Ainsi, l'idée de mettre en place une présomption d'absence de consentement sexuel des mineurs a été émise. Or, bien qu'elle présente certains avantages (a), cette présomption n'est pas sans danger (b).

a) Les avantages de la présomption d'absence de consentement des mineurs

100. Retard du droit pénal français. - La mise en place d'une présomption d'absence de consentement pour les mineurs permettrait de répondre aux supposées lacunes du droit français. En ce sens, certains auteurs, associations et politiques estiment que la France est en retard : plusieurs pays ont déjà adopté une présomption d'absence de consentement du mineur victime fixant un âge de consentement à 16 ans en Angleterre, 14 ans en Belgique, 12 ans en Espagne¹⁹⁹. Certains États prônent même la mise en place d'une présomption irréfragable d'absence de consentement qui interdirait la défense d'apporter la preuve contraire. C'est dans ce contexte que le 25 mars 2021, le Haut Conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes a rédigé un rapport dans lequel il « rappelle qu'il recommande depuis 2016 de fixer dans la loi un seuil d'âge en deçà duquel la contrainte de l'adulte sur l'enfant serait présumée²⁰⁰. » On le voit, la prise de conscience de la protection des jeunes victimes, par une présomption de défaut de consentement, n'est pas nouvelle.

101. Manque de cohérence. - Cette proposition de présomption répond également à un impératif législatif. En effet, différents auteurs²⁰¹ estiment que le régime de protection des mineurs n'est pas clair. Bien qu'aussi impressionnantes qu'elles soient, les dispositions protégeant le mineur « ne sont guère convaincantes en ce qu'elles ne parviennent pas, par manque de cohérence, à protéger efficacement le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles²⁰². » L'instauration d'une présomption de consentement des mineurs permettrait de contourner les difficultés de la caractérisation d'une violence, menace, surprise, et surtout d'une contrainte qui peut résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur ou de l'autorité de droit ou de fait qui peut être constituée en cas de différence d'âge significative. Aussi, cette proposition permettrait de mettre fin aux perpétuelles confusions

¹⁹⁹ C. DURRIEU DIEBOLT, « Atteinte sexuelle : et si la justice disait que votre enfant a consenti à des rapports sexuels avec un adulte ? », Village Justice, 29 août 2017

²⁰⁰ HCE, « Enfin un seuil d'âge pour mieux protéger les enfants victimes de violences sexuelles »

²⁰¹ R. KOERING-JOULIN, *op. cit*

²⁰² D. GERMAIN, « Le consentement sexuel des mineurs victimes d'infractions sexuelles », Dalloz, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2011/4 n°4, p.817 à 824

entre éléments constitutifs (violence, menace, contrainte, surprise) et circonstances aggravantes (minorité de la victime, qualité de l'auteur). A ce titre, le législateur français pourrait prendre exemple sur la législation espagnole qui prévoit que tout acte de pénétration sexuelle commis sur un enfant de moins de 12 ans est un viol. Une fois le principe de défaut de consentement posé, le législateur prévoit ensuite une liste de circonstances aggravantes parmi lesquelles la violence ou la contrainte résultant à l'âge de la victime. Ainsi, « à la lumière de cette vénérable législation et par un souci de pragmatisme et de cohérence, la violence, la contrainte, la surprise ou la menace qui sont actuellement considérées comme éléments constitutifs pourraient devenir en droit français des circonstances aggravantes²⁰³. »

102. Abrogation des atteintes sexuelles. - Enfin, la mise en place d'une présomption d'absence de consentement pourrait avoir pour conséquence d'abroger les atteintes sexuelles qui, selon certains, conduisent à des paradoxes. En ce sens, Christian GUÉRY²⁰⁴ explique que les atteintes sexuelles – infractions les moins graves - sont plus facilement punissables que les autres infractions sexuelles car elles sont consommées en présence même du consentement de la victime. Par exemple, un père qui commet des attouchements sexuels sur son enfant de 16 ou 17 ans peut être poursuivi pour atteinte sexuelle en vertu de l'article 227-27. Dans ce cas, le consentement de la victime ne peut pas constituer une forme de justification. Il en est tout autre chose pour le viol qui suppose la preuve de l'utilisation d'une violence, menace, contrainte, surprise. Ainsi, un jeune enfant de 10 ans qui a été pénétré sexuellement par son père devra nécessairement démontrer son absence de consentement. Partant, remplacer les atteintes sexuelles par une présomption d'absence de consentement du mineur pourrait apporter plus de cohérence au régime de répression des infractions sexuelles commis sur les mineurs. Toutefois, il apparaît que la mise en place d'une présomption d'absence de consentement concernant les mineurs présente des dangers considérables (b).

b) Les dangers de la présomption d'absence de consentement des mineurs

103. Présomption irréfragable de défaut de consentement. - On le comprend, cette proposition est d'ordre protectrice pour les mineurs dès lors que chaque personne ne pourra plus considérer *de facto* le consentement du mineur acquis mais devra s'assurer du

²⁰³ *Ibidem*

²⁰⁴ C. GUÉRY, L'inceste : étude de droit pénal comparé, Recueil Dalloz, 1998 chron., p.47 à 52

consentement libre et éclairé de ce dernier²⁰⁵. Or, selon nous, cette proposition de présomption d'absence de consentement n'est pas sans danger. La difficulté primordiale réside dans l'établissement d'une présomption irréfragable de défaut de consentement selon laquelle est présumé non-consentant le mineur de 15 ans qui entretient une relation sexuelle avec un majeur. Audrey DARSONVILLE fustige cette proposition dès lors qu'elle mettrait en place une véritable « *présomption de culpabilité indirecte de viol contre le majeur*²⁰⁶. » Le caractère irréfragable de cette présomption bafouerait tous les principes cardinaux du droit pénal tels que le droit au procès équitable, la présomption d'innocence ou encore les droits de la défense. Le Conseil Constitutionnel²⁰⁷ la bien compris puisqu'il n'admet ces présomptions de culpabilité, à titre exceptionnel, seulement lorsqu'elles sont irréfragables. Ainsi, il n'est pas possible de mettre en place une présomption selon laquelle le majeur est systématiquement coupable pour avoir entretenu une relation sexuelle avec un mineur de 15 ans. Cette difficulté qui nous paraît insurmontable conduit à étudier d'autres propositions permettant de renforcer la protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles.

104. Présomption simple. - Une première alternative serait de mettre en place une présomption simple de défaut de consentement du mineur de 15 ans. Dans ce cas, l'auteur aurait la possibilité de rapporter la preuve d'un consentement de la victime. Bien que cette solution soit déjà plus appréciable, elle ne résout pas le problème du non-respect de la présomption d'innocence. En effet, il ne reviendrait plus à l'accusation d'apporter la preuve de l'absence de consentement de la victime mais à l'auteur de prouver que la victime était bien consentante. Or, cela pose difficulté car, en droit pénal, la charge de la preuve incombe au Ministère public et non à la défense.

105. Infraction autonome. - Une seconde alternative serait d'établir une infraction autonome relative aux victimes mineures. Certains auteurs prônent en ce sens une réforme consistant à créer des « *infractions spécialement dédiées aux jeunes mineurs victimes de violences sexuelles de la part d'un adulte, dans une section spéciale du Code pénal*²⁰⁸. » Bien qu'elles ne soient pas placées dans une section spéciale du Code pénal, deux infractions

²⁰⁵ S. MORAVY, « Des dangers de la présomption d'absence de consentement sexuel des mineurs », <https://voxcriminis.wordpress.com>

²⁰⁶ A. DARSONVILLE, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ pénal*, 2017, p. 532

²⁰⁷ Décision Conseil Constitutionnel n°99-411 DC 16 juin 1999

²⁰⁸ C. HARDOUIN-LE GOFF, « En finir avec le consentement des mineurs en matière de violences sexuelles...usine à gaz à l'horizon ? », <https://blog.leclubdesjuristes.com>

autonomes ont été créées par la loi du 21 avril 2021²⁰⁹ : le viol commis par un majeur sur un mineur de 15 ans lorsque la différence d'âge est d'au moins cinq ans et l'agression sexuelle commise par un majeur sur un mineur de 15 ans lorsque la différence d'âge est d'au moins cinq ans. Ces deux nouvelles infractions viennent se superposer aux infractions sexuelles déjà existantes – ce qui, selon nous, ne facilite pas l'articulation des dispositions relatives aux mineurs. Le choix de mettre en place une infraction autonome plutôt qu'une présomption d'absence de consentement met fin aux débats concernant la violation des principes constitutionnels, notamment grâce à l'instauration de la différence d'âge entre l'auteur majeur et la victime mineure. A ce titre, une proposition a été faite par la députée Alexandra LOUIS qui entendait créer un fait justificatif consistant en « *la préexistence à la commission de l'infraction d'une relation sentimentale entre adolescents (sous réserve toutefois de l'existence d'une situation d'autorité ou de dépendance entre l'auteur et la victime)*²¹⁰. » Cette idée n'a pas été traduite juridiquement dans une disposition créant un fait justificatif mais, en fait, cette situation échappera bien évidemment à la répression.

Par conséquent, la formalisation du consentement sexuel dans le Code pénal pose difficulté au regard de la preuve négative de l'absence de consentement pour la victime. Elle conduit à la mise en place de présomption de non-consentement dont l'opportunité est appréciée de manière différente selon la minorité ou la majorité de la victime. Aussi, cette réforme conduit à recentrer les débats autour de la victime, et non plus de l'accusé, amenant à s'interroger sur la position procédurale de la victime dans le procès pénal.

B) La position procédurale de la victime dans le procès pénal

106. Ambiguïté. - Se questionner sur la position procédurale de la victime dans le procès pénal montre qu'il existe, en droit français, une ambiguïté entre le statut de victime et de partie civile (1) et que la force probante de la parole de la victime en tant qu'élément de preuve n'est pas peut-être pas celle qu'on voudrait lui accorder (2).

²⁰⁹ Loi n° 2021-478, *op. cit.*

²¹⁰ C. HARDOUIN-LE GOFF, *op. cit.*

1) *L'ambiguïté entre le statut de victime et de partie civile*

107. Victime et partie civile. - En droit positif français il existe une ambiguïté entre le statut de victime et de partie civile. En effet, le législateur français oppose l'action civile et la constitution de partie civile (a) alors que la deuxième vient corroborer la première (b).

a) Opposition entre action civile et constitution de partie civile

108. Action civile et action publique. - La victime est, selon l'article 2 du Code de procédure pénale²¹¹, celle qui a « *personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction* ». Cette dernière peut exercer l'action civile qui est entendue comme l'action « *en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention*²¹². » Cette action civile peut être exercée, soit en même temps que l'action publique devant les juridictions répressives, soit séparément devant les juridictions civiles. La plainte avec constitution de partie civile, quant à elle, permet à la victime de déclencher l'action publique qui correspond à l'action en justice portée devant une juridiction répressive dans le but d'appliquer une peine à l'auteur de l'infraction. La personne qui entend se constituer partie civile doit avoir la qualité de victime, c'est-à-dire qu'elle doit avoir subi un préjudice personnel et direct. Nous pouvons nous interroger sur l'articulation entre l'action civile et la constitution de partie civile dès lors qu'elles sont toutes les deux exercées par la victime.

109. Dissociation de l'action civile et action publique. - A ce titre, la Cour européenne des droits de l'Homme opte pour « *une conception unitaire de l'action civile selon laquelle l'action civile tend uniquement à la réparation du dommage subi par la victime, à l'exclusion de toute considération vindicative*²¹³. » Selon la Cour, la constitution de partie civile de la victime est une composante de l'action civile qui ne peut avoir qu'une finalité patrimoniale et non répressive. Au contraire, le législateur français différencie l'action civile de la constitution de partie civile.²¹⁴ En effet, l'action civile française peut poursuivre une finalité réparatrice,

²¹¹ Article 2 Code de procédure pénale : « l'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »

²¹² *Ibidem*

²¹³ S. TADROUS, « La place de la victime dans le procès pénal », Droit. Université Montpellier I, 2014. Français. NNT : 2014MON10042, tel-01198741

²¹⁴ R. MERLE, « La distinction entre le droit de se constituer partie civile et le droit d'obtenir réparation du dommage causé par l'infraction », *in, Droit pénal contemporain*, Mélanges en l'honneur d'André VITU, Paris : Cujas, Mélanges Cujas, 1989, p. 397 et suivant

même devant des juridictions répressives. La jurisprudence confirme cette opposition puisque la Chambre criminelle prévoit que la constitution de partie civile est « *une prérogative attachée à la personne et pouvant tendre seulement à la défense de son honneur et de sa considération, indépendamment de toute réparation par la voie civile*²¹⁵. » Partant, la Cour de cassation affirme que la finalité indemnitaire est l'unique objet de l'action civile et l'oppose « *à la constitution de partie civile qui elle, a pour objet essentiel de corroborer l'action publique et d'établir la culpabilité de l'auteur de l'infraction*²¹⁶. » La doctrine va également dans ce sens dès lors que Philippe BONFILS souligne qu'il « *est erroné de croire qu'il existe une adéquation entre la partie civile et l'action civile*²¹⁷. » Selon lui, l'action civile est une action en réparation qui peut être exercée indifféremment devant la juridiction civile ou pénale ce qui permet de la distinguer de la constitution de partie civile de la victime qui « *s'opère uniquement devant la juridiction répressive et sans que la partie lésée ne soit obligée de réclamer une réparation*²¹⁸. » Néanmoins, la constitution de partie civile de la victime apparaît nécessaire à l'exercice de l'action civile puisqu'elle vient la corroborer.

b) La constitution de partie civile dans le but de corroborer l'action civile

110. Constitution de partie civile. - Traditionnellement, l'action publique, exercée au nom de la société, est menée par le Ministère public, lequel doit apporter la preuve des faits allégués. La victime, quant à elle, ne dispose d'aucune marge de manœuvre et semble seule spectatrice du procès. Toutefois, grâce à la constitution de partie civile, la victime devient une partie à part entière et bénéficie de la possibilité de présenter les preuves qu'elle possède. La victime constituée partie civile ne se contente plus d'avoir un rôle passif dans le procès pénal mais participe pleinement à la manifestation de la vérité. La victime, en tant que victime personnelle et directe du dommage, est légitime à vouloir obtenir une déclaration de culpabilité et donc à « *participer à la punition de l'auteur*²¹⁹. » Ainsi, on le voit, la constitution de partie civile permet à la victime d'exercer son action dans le but de venir corroborer l'action publique.

²¹⁵ Crim. 16 décembre 1980, Bull. crim n° 48

²¹⁶ S. TADROUS, *op. cit.*

²¹⁷ P. BONFILS, *L'action civile. Essai sur la nature juridique d'une institution*, Revue internationale de droit comparé, 2001, p. 514 à 515

²¹⁸ *Ibidem*

²¹⁹ M.L. RASSAT, *Procédure pénale*, manuel préc., n°182

111. Prérogatives de la victime partie civile. - La victime, lorsqu'elle est constituée partie civile, devient partie et bénéficie d'un véritable pouvoir d'intervention au cours du procès. La démonstration par la victime de sa vérité représente une réelle contribution dans le déroulement du procès pénal puisque cette dernière est la personne la plus proche des faits qui constituent l'infraction. La recherche et la production des preuves par la victime partie civile augmente les chances que l'action publique aboutisse car « *bien souvent, animée par le besoin de reconnaissance ou même de vengeance, elle est la personne la plus impliquée dans cette recherche*²²⁰. » Par la constitution de partie civile, la victime tire parti de nombreuses prérogatives lors du procès. D'une part, elle dispose d'un droit de regard sur la procédure. A titre d'exemple, l'article 330 du Code de procédure pénale²²¹ permet à la victime de s'opposer à l'audition d'un témoin si son nom ne lui a pas été signifié ou si la signification a été irrégulière. On voit bien que la partie civile joue un rôle actif et décisionnaire. D'autre part, la victime dispose du droit de « *discuter la procédure*²²² » En ce sens, elle participe au débat contradictoire lors du procès pénal soit en déposant des conclusions écrites à la juridiction concernée, soit en prenant part aux débats oraux. Enfin, la partie civile est la seule autorisée, contrairement aux autorités policières ou judiciaires, à produire des preuves obtenues de façon déloyale. S'agissant des infractions sexuelles, la constitution de partie civile de la victime lui permet d'apporter la preuve qu'elle a subi une relation sexuelle avec violence, menace, contrainte ou surprise et ainsi de corroborer l'action publique. La victime intervient alors au soutien du Ministère public dans l'administration de la preuve.

Par conséquent, la position procédurale de la victime dans le procès pénal montre qu'il existe une réelle ambiguïté entre le statut de victime et de partie civile puisqu'ils sont, d'un côté, en opposition, mais d'un autre, nécessaires l'un à l'autre. Aussi, la place de la victime constituée partie civile lors du procès amène à s'interroger sur la prise en compte de sa parole en tant qu'élément de preuve (2).

²²⁰ S. TADROUS, *op. cit.*

²²¹ Article 330 Code de procédure pénale : « le ministère public et les parties peuvent s'opposer à l'audition d'un témoin dont le nom ne leur aurait pas été signifié ou qui leur aurait été irrégulièrement signifié »

²²² F. AGOSTINI, *Les droits de la partie civile dans le procès pénal*, publication de la Cour de cassation, <http://www.courdecassation.fr/>

2) *La problématique de la parole de la victime partie civile en tant qu'élément de preuve*

112. Parole de la victime. - Lors de procès pénal, la parole de la victime détient un rôle prépondérant dans la preuve d'infractions sexuelles (a). Toutefois, il apparaît nécessaire de se questionner sur la force probante de la parole de la victime en tant qu'élément de preuve (b).

a) Le rôle prépondérant de la parole de la victime

113. Victime d'infractions sexuelles. - La victime possède une place enviable au sein de la procédure pénale française. En effet, depuis la loi du 15 juin 2000²²³, on assiste à un mouvement de promotion des droits de la victime qui s'explique par « *la victimisation de la société, la réappropriation de la voie judiciaire par les victimes, les affaires emblématiques mises à jour par les victimes qui aboutissent à une plus grande visibilité de celles-ci*²²⁴. » Il en va notamment ainsi des victimes d'infractions sexuelles dont la parole se libère considérablement et qui souhaitent qu'on leur reconnaisse le statut de victime - alors même, parfois, que l'action publique est éteinte en raison de la prescription des faits. C'est pourquoi le législateur dote les victimes de véritables moyens afin qu'elles puissent faire entendre leur voix. A titre d'exemple, on constate une évolution dans la recevabilité de la qualité de victime d'infractions sexuelles puisque la jurisprudence admet que l'enfant issu de la relation sexuelle imposée peut exercer l'action civile²²⁵.

114. Importance du discours de la victime. - S'agissant des infractions sexuelles, bien qu'apporter la preuve matérielle de l'existence d'une violence, menace, contrainte, surprise est nécessaire, c'est la parole des parties qui est prépondérante. En effet, afin de forger leur conviction, les juges doivent prendre en compte les propos tenus par les parties, notamment par la victime qui allègue avoir subi des violences sexuelles. La Chambre criminelle affirme l'importance de la parole des parties dès lors qu'« *en matière de crimes sexuels, commis en principe sans témoin, la parole de la victime s'oppose à celle de l'agresseur désigné*²²⁶. » En effet, les infractions sexuelles sont des infractions qui supposent une certaine dissimulation et il arrive parfois qu'aucun élément matériel ne vienne prouver l'existence d'une relation sexuelle

²²³ Loi 15 juin 2000 n°2000-516 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes

²²⁴ E. FORTIS, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure », Éditions pédone, « Archives de politique criminelle », 2006/1 n°28, p.41 à 48

²²⁵ Crim. 8 janvier 1998 n°97-85.552

²²⁶ Crim, 4 avril 2007, n°07-80.253

non-consentie. Ainsi, à défaut de preuve de l'emploi d'un procédé caractérisant le défaut de consentement, le juge doit prendre en considération le seul élément de preuve qu'il détient, à savoir, le discours de la victime. Le juge se fonde sur un faisceau d'indices comprenant des aveux, des témoignages, mais porte une attention particulière aux déclarations de la victime.

115. Critiques. - Concrètement, lors du procès pénal, la victime s'est vue octroyée de nouvelles possibilités de s'exprimer à l'audience ; cette possibilité s'inscrivant dans le mouvement de prise en compte des droits des victimes. Par exemple, en matière correctionnelle, l'article 442-1 du Code de procédure pénale²²⁷ permet à la partie civile de poser, par l'intermédiaire du Président, des questions au prévenu, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre. Cette possibilité pour la victime lui permet d'orienter les discussions mais également d'éviter une « *victimisation secondaire*²²⁸ » dès lors que le droit de parole et d'écoute de la victime participe à sa reconstruction. Toutefois, la montée en puissance de l'intervention de la victime dans le procès n'est pas perçue positivement par tous. En ce sens, Thierry LEVY dénonce une « *rhétorique de la victime* » et un « *culte de la victime*²²⁹ » lors du procès pénal. Selon lui, le Ministère public détient déjà une « *position anormale de domination et les nouvelles prérogatives accordées aux victimes viennent renforcer celle-ci*²³⁰. » Denis SALAS, quant à lui, estime que la partie civile constitue « *un parquet bis*²³¹ » en raison des nombreux pouvoirs qui lui sont conférés. Il faut alors se s'interroger sur la force probante de ces nouveaux pouvoirs, notamment celle de la parole de la victime (b).

b) La force probante de la parole de la victime

116. Liberté de la preuve. - « *L'objectif principal poursuivi par le droit de la preuve demeure la recherche de la vérité, et plus précisément l'établissement d'une vérité sociologique acceptable pour tous*²³² » ce qui suppose une preuve fiable et crédible²³³. Ainsi, en droit pénal,

²²⁷ Article 442-1 Code de procédure pénale : « sous réserve des dispositions de l'article 401, le ministère public et les avocats des parties peuvent poser directement des questions au prévenu, à la partie civile, aux témoins et à toutes personnes appelées à la barre, en demandant la parole au président »

²²⁸ R. CARIO, *Terrorisme et droit des victimes*, in, G. DOUCET, *Terrorisme, victimes et responsabilité pénale internationale*, Paris : Calmann-Lévy/SOS-Attentats 2003, p. 349

²²⁹ Thierry Lévy, *Éloge de la barbarie judiciaire*, Paris, Odile Jacob, 2004

²³⁰ J. BARBOT, N. DODIER, « Repenser la place des victimes au procès pénal, le Répertoire normatif des juristes en France et aux États-Unis », Presse Science Po, « Revue française de science politique », 2014/3 Vol. 64, p.407 à 433

²³¹ D. SALAS, « Les enfants d'Orphée. Anciennes et nouvelles victimes », *Vengeance*, 2004, p. 209 à 221

²³² Ch. AYELA, « Le droit de la preuve en France », *Gaz. Pal.* 14 février 2012 (n°45), p.15.

²³³ F. DESPREZ, *op. cit*

pour ne pas mettre en place un système de preuve trop rigide, le principe est que la preuve est libre. Cette liberté de la preuve tend vers « *une vérité suprême et absolue, une vérité infaillible*²³⁴. » De ce principe découle le fait qu'il n'existe pas de hiérarchie au sein des modes de preuve et que c'est au juge d'apprécier la preuve selon son intime conviction. Partant, lors de poursuites pour infractions sexuelles, différents modes de preuves peuvent être mis en avant : témoignage, aveu, expertise médico-légale, expertise psychologiques... Toutefois, en réalité, certaines preuves ne disposent-elles pas d'une plus grande force probante que d'autres ? Comment apprécier la valeur de la parole de la victime en l'absence d'éléments extérieurs ? Les juges doivent faire des investigations poussées relatives à la présence ou non du consentement de la victime car ils ne peuvent pas se contenter des seules déclarations de la victime qui peuvent être « *imprécises, erronées, voire mensongères et guidées par différents motifs : jalousie, vengeance*²³⁵. » Ils doivent, en ce sens, réaliser une lecture minutieuse des paroles de la victime qui constituent des accusations. Pour cela, les juges s'intéressent au discours de la victime mais également au comportement de cette dernière : le récit des faits, la révélation tardive des faits, son état psychologique après les faits... Les juges vont ainsi recontextualiser les paroles de la victime grâce à des éléments supplémentaires et extrinsèques ce qui montre que le discours de la victime, seul, ne dispose pas d'une force probante suffisante.

117. Victime et témoin. - La force probante relative de la victime s'explique par le fait que cette dernière, en se constituant partie civile, devient partie au procès pénal. La victime constituée partie civile ne prête pas serment et ne s'expose donc pas à des poursuites pour faux témoignage. Selon Michèle-Laure RASSAT, « *ce sont donc les personnes les plus capables de mentir qui échappent à toute sanction*²³⁶. » L'exclusion de la partie civile de l'obligation de prêter serment nuit à la manifestation de la vérité dès lors qu'elle peut mentir et faire de fausses déclarations en toute impunité. Partant, il serait peut-être plus judicieux de refuser l'accès de la victime au procès pénal « *en lui réservant une simple présence en qualité de témoin*²³⁷ » comme tel est le cas dans les pays anglo-saxons. Si la victime était entendue comme témoin et non plus comme partie, cela donnerait une force probante supplémentaire à sa parole. En effet, toute personne qui est entendue devant la juridiction de jugement en tant que témoin est dans

²³⁴ C. AMBROISE-CASTEROT, « *Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité* », AJ Pénal 2005, p. 261

²³⁵ F. DESPREZ, *op. cit*

²³⁶ M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Paris : Dalloz, Précis Dalloz, 2011, 6^{ème} éd., n° 946

²³⁷ S. TADROUS, *op. cit.*

l'obligation de prêter serment de dire la vérité, rien que la vérité²³⁸. A défaut de dire la vérité, le témoin s'expose à une peine d'emprisonnement de cinq ans et une amende de 75.000 euros pour témoignage mensonger fait sous serment²³⁹. A ce titre, les déclarations des témoins ont une force probante importante puisqu'elles sont présumées véridiques en raison du serment qu'ils prêtent. Peut-être le droit français devrait-il prendre exemple sur le système anglo-saxon.

118. Force probante certain. - En ce sens, l'introduction du consentement sexuel dans le Code pénal et la prise en compte de la victime en tant que témoin, et non plus en tant que partie civile, permettrait d'accorder une valeur non négligeable à la parole de la victime. Si l'article du Code pénal qui incrimine le viol prévoit que l'élément matériel est constitué en l'absence de consentement de la victime et que la victime prête serment et déclare ne pas avoir consenti à la relation sexuelle, cette déclaration vaudrait preuve certaine. Il ne serait ainsi plus nécessaire d'aller rechercher des éléments extrinsèques et objectifs tels que la violence, menace, contrainte, surprise. Toutefois, les défenseurs de la constitution de partie civile estiment qu'entendre la victime en tant que témoin irait à l'encontre de la manifestation de la vérité. En effet, selon Saoussane TADROUS, faire prêter serment à la victime dissuaderait la victime de dire toute la vérité car elle « *omettrait volontairement certains détails, craignant la sanction pour faux témoignage. Pour faciliter la parole de la victime, il faut donc qu'elle puisse s'exprimer sans aucune pression, tout comme cela est permis à la personne poursuivie*²⁴⁰. »

Par conséquent, l'introduction explicite du consentement sexuel dans la loi pose difficulté au regard de la preuve négative de l'absence de consentement pour la victime. Il apparaît ainsi beaucoup plus simple de prouver positivement la présence d'élément objectif (violence, menace, contrainte, surprise) que de prouver un fait négatif et subjectif (l'absence de consentement). Cette réforme aurait également pour conséquence de modifier la position procédurale de la victime dans le procès pénal. Cette formalisation dans la loi semble être tout aussi problématique au regard de la preuve positive du consentement par l'auteur (II).

²³⁸ Article 103 Code de procédure pénale : « les témoins prêtent serment de dire toute la vérité, rien que la vérité »

²³⁹ Article 434-13 Code de procédure pénale : « le témoignage mensonger fait sous serment devant toute juridiction ou devant un officier de police judiciaire agissant en exécution d'une commission rogatoire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende »

²⁴⁰ S. TADROUS, *op. cit.*

II. La problématique de la preuve positive du consentement par l'auteur

119. La preuve par l'auteur. - Introduire explicitement le consentement sexuel dans le Code pénal semble problématique à l'égard de la charge (A) et de l'objet (B) de la preuve positive du consentement de la victime par l'auteur.

A) La charge de la preuve du consentement de la victime confrontée à la présomption d'innocence

120. Difficultés. - La formalisation du consentement sexuel dans la loi aurait pour conséquence de faire évoluer dangereusement la charge de la preuve (1) et d'instaurer une présomption de culpabilité de l'auteur qui s'avère inquiétante au regard des principes fondamentaux du droit pénal (2).

1) Vers une dangereuse évolution de la charge de la preuve

121. Changement dans la charge de la preuve. - L'introduction du consentement sexuel dans le Code pénal entraînerait un passage de la charge de la preuve de l'accusation à la défense (a), ce qui présente certaines difficultés (b).

a) Le passage de la charge de la preuve de l'accusation à la défense par l'introduction du consentement sexuel

122. Accusation et charge de la preuve. - En droit positif, le principe est clair : c'est à la partie poursuivante de rapporter la preuve de l'existence de l'infraction. Il appartient à l'accusation, c'est-à-dire à la victime et au Ministère public d'apporter la preuve des éléments constitutifs de l'infraction. S'agissant de l'élément matériel du viol et des agressions sexuelles, l'accusation doit apporter la preuve d'un acte de pénétration ou d'un attouchement (caresses, contact physique sur les parties intimes) commis par violence, menace, contrainte, surprise. En ce qui concerne l'élément matériel des atteintes sexuelles, il faut montrer soit l'existence d'une relation sexuelle entre un majeur et un mineur de 15 ans, soit l'existence d'un lien d'ascendant ou d'autorité entre un majeur et un mineur de plus de 15 ans. S'agissant de l'élément moral du viol et des agressions sexuelles, l'accusation doit prouver que l'auteur avait conscience de la nature sexuelle de l'acte et du caractère violent, contraignant, menaçant ou surprenant de la

relation sexuelle. Pour les atteintes sexuelles, il faut apporter la preuve de la connaissance par l'auteur de la minorité de la victime.

123. Auteur et charge de la preuve. - Les infractions sexuelles relèvent d'un domaine pour lequel grand nombre voudrait que la charge de la preuve pèse sur l'auteur. Déjà, la Convention d'Istanbul²⁴¹ prônait une évolution dans la charge de la preuve en prévoyant que « *le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes.* » Cette Convention, à portée obligatoire, pourrait aboutir « *à une répartition différente de la charge probatoire permettant de faciliter l'établissement de l'infraction*²⁴². » L'introduction explicite du consentement sexuel dans le Code pénal irait dans ce sens. Si l'on modifiait les éléments constitutifs du viol et des autres agressions sexuelles en exigeant l'absence de consentement sexuel de la victime au titre de l'élément matériel, cela reviendrait à demander à l'auteur de prouver que la victime était effectivement consentante. En effet, plutôt que de présumer l'absence de consentement de la victime, certains voudraient que les juges s'attachent à déterminer si l'auteur s'est assuré du consentement de la victime. Toutefois, le passage de la charge de la preuve de l'accusation à la défense pose difficulté à deux niveaux (b).

b) Les difficultés tenant à l'évolution de la charge de la preuve

124. La preuve d'un fait négatif. - L'évolution de la charge de la preuve semble problématique. D'une part, comment l'auteur peut-il interpréter de manière certaine une donnée aussi subjective que le consentement ? Si la charge de la preuve pèse sur l'auteur en matière d'infractions sexuelles, ce dernier doit prouver positivement par des messages, des paroles ou par le comportement de la victime qu'elle était consentante. Certes, s'il existe des témoins ou des messages manifestant l'absence de consentement de la victime et que l'auteur lui impose un acte sexuel, la preuve de la relation sexuelle non-consentie sera aisément apportée. Or, dans la plupart des cas, aucun élément matériel ne permet à l'auteur de montrer que la victime était matériellement consentante : cela revient au problème de la preuve d'un fait négatif. La formalisation du consentement sexuel impose un fardeau considérable à l'auteur qui doit

²⁴¹ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 11 mai 2011

²⁴² C. DURRIEU-DIEBOLT, « La charge de la preuve du viol peut-elle évoluer ? », 3 février 2017, Village Justice

apporter la preuve du consentement de la victime, à défaut de quoi il sera nécessairement considéré comme coupable.

125. Respect de la présomption d'innocence. - D'autre part, faire peser la charge de la preuve sur l'accusé est nécessairement problématique eu égard à la présomption d'innocence. Ce principe à valeur constitutionnelle est reconnu à l'article 9 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen²⁴³ et à l'article préliminaire du Code de procédure pénale²⁴⁴. Il signifie qu'une personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité soit reconnue. Comme le font remarquer Gaston STEFANI et Georges LEVASSEUR, « *le régime juridique de la preuve, et surtout la répartition du fardeau de la preuve, impliquent toujours un certain choix provisoire entre les intérêts en conflits.*²⁴⁵ » A ce titre, il apparaît naturel, étant donné l'enjeu pour la personne poursuivie, que le choix de charge de la preuve de la responsabilité pénale de l'auteur se porte sur l'accusation, à défaut de quoi on assiste à l'instauration d'une présomption de culpabilité de l'auteur (2).

2) *L'inquiétante instauration d'une présomption de culpabilité de l'auteur*

126. Critiques. - La formalisation du consentement sexuel dans le Code pénal irait dans le sens de la proposition d'une présomption de véracité des victimes d'infractions sexuelles (a) et mettrait en place une présomption de culpabilité contraire au droit pénal (b).

a) La proposition critiquable d'une présomption de véracité des victimes d'infractions sexuelles

127. Véracité du discours de la victime - En réaction à l'acquittement de Georges TRON, Juliette MÉADEL a déclaré que « *les chances de faire aboutir un procès pour viol sont réduites en même de plus en plus faibles*²⁴⁶. » Ainsi, selon l'ancienne Secrétaire d'État, qui semble oublier l'existence de la présomption d'innocence, la justice n'est efficacement rendue que

²⁴³ Article 9 Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen : « tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi »

²⁴⁴ Article préliminaire du Code de la procédure pénale : « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie »

²⁴⁵ G. STEFANI et G. LEVASSEUR « La charge de la preuve », Extrait de Précis Dalloz *Procédure pénale*, 2^{ème} éd., Paris, 1962, p.276

²⁴⁶ M. DOSÉ, « MeToo : la mauvaise idée de Juliette Méadel sur la charge de la preuve », *Nouvel Obs*, 6 février 2019

lorsqu'elle condamne. Elle déplore une « *procédure pénale déséquilibrée et ignorante de ce que vivent vraiment les victimes, lesquelles se retrouvent accusatrices accusée* ²⁴⁷. » D'après elle, la parole de la victime ne peut souffrir d'aucune remise en question et reflète toujours la vérité des faits. Ainsi, elle suggère de répartir la charge de la preuve dans les affaires de viol pour les victimes en situation de subordination. Or, nous ne pouvons pas cautionner le discours des associations féministes qui considère que dès qu'une femme se déclare victime, elle l'est forcément et l'homme est automatiquement coupable. La réalité est toute autre car il existe des fausses accusations de violences sexuelles, qui, certes sont peut-être minimales, mais qui existent. Ainsi, une chose est de vouloir protéger les femmes victimes d'infractions sexuelles, autre chose est de mettre en place une présomption de véracité qui inverserait la charge de la preuve. Irène THÉRY, quant à elle, s'insurge contre « *un usage dévoyé, machiste (car ce sont bien des hommes qui sont, en majorité, responsables des agressions sexuelles) de la présomption d'innocence* ²⁴⁸. » Face à ce problème, elle prône la mise en place d'une présomption de véracité des victimes. Pour elle, « *même si le procès ne parvient pas à établir la culpabilité de leurs agresseurs, celles-ci doivent être supposées ne pas mentir jusqu'à preuve du contraire* ²⁴⁹. »

128. Sacralisation de la parole de la victime. - Nous ne pouvons que déplorer cette proposition dès lors qu'aucune accusation n'est jamais la preuve de rien²⁵⁰. Comme l'affirment très justement les signataires d'une tribune publiée en mars 2020, « *il ne s'agit pas tant de croire ou de ne pas croire une plaignante que de s'astreindre à refuser toute force probatoire à la seule accusation : présumer de la bonne foi de toute femme se déclarant victime de violences sexuelles reviendrait à sacraliser arbitrairement sa parole, en aucun cas à la libérer* ²⁵¹. » Nathalie SCHMELCK, avocate, dénonce les répercussions que la sacralisation de la parole de la victime entraîne en pratique. Elle affirme que « *lors de deux récentes affaires, dès que je suis entrée dans la salle d'audience, je savais qu'il serait très difficile de démontrer l'innocence de celui que je défendais. Parce qu'on l'impression qu'il y a un renversement de la charge de la preuve* ²⁵². » En définitive, on ne peut mettre en place une présomption de sincérité des victimes de violences sexuelles puisqu'il ne suffit pas « *de dire pour croire* ²⁵³ » sinon nous

²⁴⁷ M. DOSÉ, *op. cit*

²⁴⁸ I. THÉRY, « Crimes sexuels : pour une présomption de véracité ? », *Philosophie Magazine*, 26 janvier 2021

²⁴⁹ *Ibidem*.

²⁵⁰ « Une inquitante présomption de culpabilité s'invite trop souvent en matière d'infractions sexuelles, *Le Monde*, 8 mars 2020

²⁵¹ *Ibidem*

²⁵² P. CONGE « Nathalie Schmelck, avocate opposée à la sacralisation de la parole des victimes », 11 mars 2021, *Marianne*

²⁵³ *Ibidem*

basculons vers l'instauration d'une présomption de culpabilité de l'auteur, interdite en droit pénal (b).

b) La présomption de culpabilité contraire en droit pénal

129. Présomption de culpabilité. - « *Un système judiciaire qui fonctionne bien, c'est un système judiciaire qui admet le principe que l'on est toujours innocent sauf si l'on a prouvé votre culpabilité. Parce qu'à partir du moment où on inverse les facteurs et où l'on vous demande de prouver votre innocence, et bien vous êtes perdus... et la justice tout entière*²⁵⁴. » Cette affirmation de Robert BADINTER montre l'incompatibilité entre l'instauration d'une présomption de culpabilité et l'État de droit. Le Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen²⁵⁵, s'oppose également à cette présomption affirmant qu'« *en principe, le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que toutefois à titre exceptionnel de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle*²⁵⁶. » Pour qu'une présomption soit constitutionnelle, elle doit répondre à deux exigences : ne pas être irréfragable et respecter les droits de la défense en autorisant l'accusé à apporter la preuve contraire. Le Conseil constitutionnel n'hésite pas à insister sur l'importance de ces conditions lorsque la présomption est instituée pour un crime²⁵⁷. Ainsi, on admet facilement que la présomption irréfragable de culpabilité n'est jamais admise en matière d'infractions sexuelles étant donné la gravité des faits allégués et les conséquences sur les droits de la défense. La Cour européenne des droits de l'Homme vient consacrer cette interdiction car, selon elle, la présomption de culpabilité s'agissant d'un crime excède très certainement « *les limites raisonnables dans lesquelles la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales enserme les présomptions de droit ou de fait en matière pénale, compte tenu de la gravité de l'enjeu et de la difficulté en pratique pour le mis en cause*²⁵⁸. »

A titre d'exemple, la principale critique faite à la présomption de non-consentement des mineurs proposée en 2018 résidait dans le manque de précision de l'élément moral. En effet ce dernier n'était défini que par la seule circonstance que l'auteur ne pouvait ignorer l'âge de la

²⁵⁴ R. BADINTER, entretien diffusé le 26 novembre 1970 dans l'émission « Contrechamps » sur *France Culture*

²⁵⁵ Article 9 Déclaration universelle des droits de l'Homme et du citoyen, *op. cit.*

²⁵⁶ Conseil Constitutionnel, décision DC n° 99-411, 16 juin 1999

²⁵⁷ Conseil Constitutionnel, décision DC n° 2009-58, 10 juin 2009.

²⁵⁸ CEDH, SALABIAKU c/ France, 7 octobre 1998

victime. Or, cette formulation revenait à présumer que l'auteur connaissait nécessairement le réel âge de la victime, conduisant ainsi à l'instauration d'une présomption de culpabilité de ce dernier. La charge de la preuve reposait alors sur l'auteur qui devait démontrer par des messages ou des témoignages que la victime lui aurait menti sur son âge.

130. Récidive. - Certains²⁵⁹ à l'étranger se sont questionner sur l'opportunité d'une présomption de culpabilité pour les récidivistes, les criminels-nés ou les criminels par tendance²⁶⁰ et sur l'intérêt du maintien de la présomption d'innocence à leur égard. Or une conception ne peut pas être retenue en France. Bien que la récidive puisse être considérée « *comme un indice d'état dangereux justifiant un examen approfondi de la personnalité*²⁶¹ », elle ne peut jamais être le fondement d'une présomption de culpabilité mettant la preuve contraire à la charge de l'intéressé.

Par conséquent, apporter la preuve positive du consentement apparaît complexe pour l'auteur s'agissant de la charge de la preuve mais également de l'objet de la preuve (B).

B) L'objet de la preuve du consentement de la victime

131. Charge de la preuve. - En droit positif, l'objet de la preuve des infractions sexuelles est clair : il repose sur la constatation d'une violence, menace, contrainte ou surprises (a). Or, la proposition d'introduire le consentement sexuel dans le Code pénal conduirait à un déplacement de cet objet de la preuve (2).

1) *L'objet de la preuve des infractions sexuelles*

132. Objet et liberté de la preuve. - Lorsque l'on étudie l'objet de la preuve, il convient de déterminer l'objet de la preuve (a) et les modes de preuve acceptés en matière pénale selon le principe de la liberté de la preuve (b).

²⁵⁹ FERRI, BETTIOL

²⁶⁰ G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *op. cit.*

²⁶¹ *Ibidem*

a) La détermination de l'objet de la preuve

133. Éléments constitutifs. - Avant toute chose, il apparaît important de déterminer l'objet de la preuve. En droit pénal, « *les faits à prouver sont ceux qui correspondent aux éléments constitutifs de l'infraction, c'est-à-dire aux éléments qui composent le crime, le délit ou la contravention*²⁶² ». Ainsi, l'effort probatoire²⁶³ doit se concentrer sur l'élément matériel qui renvoie à l'acte ou l'omission incriminé par la loi et sur l'élément moral qui suppose l'imputation des faits à la personne poursuivie et la démonstration d'une faute. S'agissant des infractions sexuelles contre les majeurs, actuellement, l'élément matériel désigne l'acte de pénétration ou l'attouchement commis sur la victime par violence, contrainte, menace ou surprise. L'élément moral, quant à lui, renvoie à la conscience par l'auteur de la nature sexuelle de l'acte et à l'intention violente (violence, menace, contrainte) ou trompeuse. La preuve de l'élément moral peut parfois soulever des difficultés en cas de dénégation de l'auteur. Dans ce cas, la preuve résultera de divers indices qui découlent naturellement de l'élément matériel : les coups, menaces de mort impliquant l'intention coupable de l'auteur. Toutefois, la preuve de la matérialité des faits ne dispense jamais l'accusation d'apporter la preuve de l'intention, ce à quoi la Cour de cassation veille prudemment²⁶⁴. La victime et l'accusation, sur qui la charge de la preuve pèse traditionnellement, doivent donc prouver l'existence d'une violence, menace, contrainte, surprise ainsi que l'intention de l'auteur.

134. Présomptions de fait. - Parfois, le travail de Ministère public est facilité concernant la preuve de l'élément moral grâce aux présomptions de fait qui sont à la libre disposition des juges. En effet, la jurisprudence n'hésite pas à établir des présomptions qui reposent sur le « *le lien extrêmement étroit qui paraît unir l'élément moral et l'élément matériel*²⁶⁵. » Tel est ainsi le cas de la présomption de fait élaborée par la Cour de cassation²⁶⁶ fondée sur le très jeune âge de la victime. En l'espèce, la Haute juridiction considère que la surprise est établie par le très jeune âge de la victime ce qui présume l'intention de l'auteur. S'agissant des infractions sexuelles contre les mineurs, l'élément moral suppose la conscience de la minorité de la victime. Les exigences probatoires de l'élément matériel des atteintes sexuelles sont facilitées dès lors qu'il faut apporter la preuve de la qualité de l'auteur et de la victime et l'existence d'un

²⁶² A. BERGEAUD, *Le droit à la preuve*, LGDJ, Lextension éditions, Bibliothèque de droit privé, Tome 525

²⁶³ *Ibidem*

²⁶⁴ Crim., 2 décembre 1943 B n°137

²⁶⁵ G. STEFANI et G. LEVASSEUR, *op. cit.*

²⁶⁶ Crim 7 décembre 2005 n°05-81.316

acte de nature sexuelle, indifféremment du consentement de la victime. Une chose est sûre, l'objet de la preuve fait référence aux éléments constitutifs de l'infraction et celui-ci peut être apporté par tout moyen en vertu du principe de liberté de la preuve (b).

b) Le principe de liberté de la preuve

135. Liberté de la preuve. - L'article 427 alinéa 1^{er} du Code de procédure pénale pose le principe de liberté de la preuve : « *les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve*²⁶⁷. » De cet article découle le principe de l'intime conviction des juges selon lequel ils disposent d'un pouvoir souverain permettant de se forger une opinion sur la base des éléments de preuve apportés. Ainsi, tous les modes de preuve sont acceptés en matière pénale : indice, aveu, déclarations, témoignage... A ce titre, en matière d'infractions sexuelles, « *il ressort de la jurisprudence que pour démontrer l'existence d'une agression sexuelle, les juges se fondent généralement sur un faisceau d'indices qui comprend différents éléments probatoires : aveu, preuve matérielle, expertise médico-légale*²⁶⁸. » Les juges portent une attention particulière aux comportements et déclarations de l'auteur et de la victime. En théorie, ces différentes preuves bénéficient toutes de la même force probante, mais en pratique, il arrive que certaines soient plus susceptibles d'emporter la conviction des juges que d'autres. A titre d'exemple, l'aveu est, *a priori*, une preuve fragile dont la libre appréciation est laissée au juge²⁶⁹ puisqu'il ne repose que sur les déclarations de l'auteur qui peut se sentir contraint d'avouer quelque chose qu'il n'a pas fait. Toutefois, l'aveu joue « *un rôle important dans la démonstration de l'existence d'une infraction sexuelle*²⁷⁰ » car une reconnaissance des faits par l'auteur confortée par les déclarations de la victime ou d'autres éléments matériels permettent d'entrer en voie de condamnation plus aisément.

136. Particularité des preuves scientifiques. - Aussi, les preuves scientifiques ont une place particulière concernant les violences sexuelles. Elles peuvent être définies comme « *un mode probatoire faisant intervenir, éventuellement par l'intermédiaire d'une personne qualifiée, un procédé relevant d'une science ou d'une technique particulière de manière à*

²⁶⁷ Article 427 al.1^{er} Code de procédure pénale

²⁶⁸ F. DESPREZ, *op. cit.*

²⁶⁹ Article 428 Code de procédure pénale : « l'aveu, comme tout élément de preuve, est laissée à la libre appréciation des juges »

²⁷⁰ F. DESPREZ, *op. cit.*

*éclairer les enquêteurs et le juge*²⁷¹. » Sont ainsi considérées comme des preuves scientifiques les expertises légales, balistiques, psychologiques, psychiatriques... Un examen médical permettant d'établir des traces de violence ou de sperme ou la défloration de la victime possède, *a priori*, une force probante importante permettant d'emporter la conviction des juges. Toutefois, ce ne sont pas des preuves exactes ni idéales²⁷² puisqu'elles ne peuvent jamais établir irréfutablement l'absence de consentement de la victime. Ainsi, les preuves scientifiques ne peuvent pas être considérées comme « *la reine des preuves et ne peuvent pas être utilisée à titre exclusif*²⁷³. » Il existe même une certaine prudence concernant les expertises mentales en matière d'infractions sexuelles en raison des risques qui l'entourent. Partant, la preuve de la violence, menace, contrainte, surprise peut être apportée par tous moyen en vertu du principe de liberté de la preuve. Toutefois, l'introduction explicite du consentement entraînerait un déplacement de cet objet de la preuve par l'auteur (2).

2) *Le déplacement de l'objet de la preuve par l'introduction explicite du consentement*

137. Difficultés. - La formalisation du consentement sexuel dans la loi entraînerait un déplacement de l'objet de la preuve puisque l'auteur n'aurait plus à prouver l'absence de violence, menace, contrainte, surprise mais la présence du consentement de la victime. Ce changement est problématique car le consentement est une donnée psychologique (a) qui se prouve par l'absence de violence, contrainte, menace, surprise (b).

a) La complexe démonstration d'une donnée psychologique

138. Changement dans la charge de la preuve. - En introduisant explicitement le consentement sexuel dans loi, on l'a vu, la charge de la preuve pèserait non plus sur l'accusation mais sur la défense. Il reviendrait alors à l'auteur de prouver que la victime était consentante. Ce changement dans la charge de la preuve entraînerait un déplacement de l'objet de la preuve puisque l'auteur devrait montrer la présence du consentement la victime. Or le consentement de la victime est une donnée subjective et psychologique. En effet, il peut être défini comme un accord, une conformité ou une uniformité d'opinion²⁷⁴. C'est une donnée qui n'existe que dans

²⁷¹ *Ibidem*

²⁷² A. BLANC, « L'audience » in dossier, « Les violences sexuelles », AJ pénal 2004, p.15

²⁷³ F. DESPREZ, *op. cit.*

²⁷⁴ « Le consentement », Cairn.info

l'esprit de celui qui le détient. Le consentement peut être perçu comme libre et éclairé pour une personne, et vicié pour une autre.

139. Preuve de la présence du consentement. - Pour prouver positivement le consentement, il faudrait alors qu'à chaque fois qu'une personne a une relation sexuelle avec une autre, elle lui demande si elle accepte d'y participer, si elle aime ce type d'acte, qu'elle s'assure que le consentement soit réitéré pour chaque relation sexuelle. En plus, il faudrait qu'elle garde une preuve du consentement de son partenaire, au cas où ce dernier l'accuse de viol ou d'agression sexuelle. Soyons réalistes, cela n'est pas possible. Le propre d'une relation sexuelle est parfois d'être imprévue, spontanée et personne n'envisage, au cours de cette relation intime, de se confectionner des preuves. Ainsi, selon Francis CABALLERO²⁷⁵, il s'avère difficile pour celui qui est soupçonné de violences sexuelles de se disculper en prouvant que la victime était consentante. Il faudrait alors démontrer que la victime était mythomane, manipulatrice, vénale ou rancunière. Dès lors, prouver l'absence de consentement revient à apporter la preuve de l'absence de violence, contrainte, menace, surprise (b), ce qui est formellement prévu en droit positif.

b) Le consentement de la victime prouvé par l'absence de violence, contrainte, menace ou surprise

140. Violence, menace, contrainte, surprise. - Avec le déplacement dans l'objet de la preuve, l'auteur doit prouver que la victime était consentante à la relation sexuelle. Il existe des cas dans lesquels la preuve de l'absence de consentement est évidente : celui qui agresse une jeune femme dans la rue et la viol ne pourra jamais soutenir que la victime était consentante. Toutefois, contrairement aux idées reçues, la majorité des viols ne relève pas des agressions inopinées mais de relations entre des personnes qui se connaissent, des amis, des couples. C'est ici que la preuve du consentement de la victime par l'auteur apparaît complexe. En effet, étant donné la valeur psychologique de cette donnée, l'auteur n'aura d'autre choix que d'apporter des éléments extérieurs, déduits de la matérialité. Pour ce faire, il peut montrer que la relation sexuelle était consentie en établissant la relation de confiance qui existait avec la victime, en montrant qu'ils étaient en couple depuis longtemps et qu'aucun incident n'a jamais été constaté.

²⁷⁵ F. CABALLERO, *Droit du sexe*, p.571.

En bref, il prouvera la présence du consentement par l'absence de violence, menace, contrainte, surprise ce qui est déjà le cas actuellement.

Ainsi, selon nous, l'introduction explicite du consentement sexuel ne viendrait que complexifier les choses en opérant un déplacement de l'objet de la preuve qui, en fait, ne changerait rien puisque l'auteur démontrera, par des éléments extrinsèques, l'absence de violence, menace, contrainte ou surprise et donc la présence du consentement. Le droit positif est, à ce sujet, largement protecteur de la victime puisqu'en présence de l'un de ces quatre procédés, le viol ou l'agression sexuelle est qualifié. Le changement dans l'objet de la preuve viendrait fragiliser la parole de la victime. Il n'est ainsi pas opportun de remplacer une donnée positive par une donnée subjective et psychologique.

CONCLUSION

« On n'a pas tout dit du consentement quand on a dit qu'il est sympathie et sourire d'un être humain à un autre. Le sourire ne dure pas toujours et les difficultés restent au juriste²⁷⁶. »

Cette citation reflète parfaitement la problématique de la prise en compte du consentement sexuel en droit pénal qui est une notion complexe. D'après nous, l'introduction du consentement sexuel dans le Code pénal n'apparaît pas opportune au regard des conséquences qu'elle aurait, notamment, sur les principes généraux du droit et sur la victime.

²⁷⁶ J. CARBONNIER, *Droit civil T4*, 16^{ème} édition, 1992

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	2
SOMMAIRE.....	3
INTRODUCTION.....	4
CHAPITRE 1 : L'INTRODUCTION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL AU REGARD DU DROIT SUBSTANTIEL	14
I. LES DIFFICULTES DE LA FORMALISATION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL EN TERMES DE VALEURS.....	14
A) <i>Les difficultés au regard de la valeur symbolique</i>	14
1) La valeur symbolique du consentement sexuel pour la société.....	14
a) L'avantage de protection contre les violences sexuelles pour répondre aux attentes de la société.....	15
b) L'inconvénient de la surenchère répressive aux dépens de la prévisibilité de la loi pénale.....	17
2) La valeur symbolique du consentement sexuel pour la victime.....	19
a) L'avantage pour la victime d'être reconnue comme telle.....	19
b) L'inconvénient de l'instauration d'une politique pénale victimaire à l'égard des femmes.....	21
B) <i>Les difficultés au regard de la valeur sociale protégée</i>	22
1) La question de la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles.....	23
a) L'évolution de la valeur sociale protégée par les infractions sexuelles en fonction de l'état des mœurs.....	23
b) Le choix critiquable du législateur de retenir l'intégrité physique et psychique comme valeur sociale protégée par les infractions sexuelles.....	25
2) Le changement de valeur sociale protégée par l'introduction du consentement sexuel.....	28
a) Le changement nécessaire de valeur sociale protégée par les infractions sexuelles.....	28
b) La consécration de la liberté sexuelle comme valeur sociale protégée par les infractions sexuelles.....	30
II. LES DIFFICULTES DE LA FORMALISATION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL EN TERMES D'ELEMENT CONSTITUTIF.....	32
A) <i>Les difficultés au regard des éléments constitutifs des infractions contre les majeurs</i>	32
1) Le consentement sexuel comme élément constitutif implicite.....	33
a) L'absence de consentement sexuel sous-entendu par l'emploi de la violence, menace, contrainte ou surprise.....	33
b) L'absence de consentement sexuel réintégré au sein du droit pénal par la jurisprudence.....	36

2) Les dangers de la formalisation de l'absence de consentement sexuel en tant qu'élément constitutif explicite au regard du principe de légalité criminelle.....	38
a) Le manque de précision dans la définition de l'absence de consentement.....	38
b) Une modification législative nécessaire en cas de viol ou d'agressions sexuelles par acceptance.....	41
<i>B) Les difficultés au regard des éléments constitutifs des infractions contre les mineurs</i>	<i>43</i>
1) La complexité de l'articulation des éléments constitutifs en présence ou en l'absence de menace, contrainte, violence ou surprise	44
a) La confusion au sein de l'arsenal législatif relatif aux infractions contre les mineurs.....	44
b) Les hésitations dans l'application des différentes qualifications juridiques....	46
2) Les avantages de l'instauration d'un seuil d'âge légal de consentement sexuel en tant qu'élément constitutif	48
a) La fin des débats délicats autour de la présence ou l'absence de consentement du mineur	48
b) Les bénéfices de la création d'une différence d'âge d'au moins cinq ans.....	50
CHAPITRE 2 : L'INTRODUCTION EXPLICITE DU CONSENTEMENT SEXUEL AU REGARD DU DROIT PROCEDURAL	52
I. LA PROBLEMATIQUE DE LA PREUVE NEGATIVE DE L'ABSENCE DE CONSENTEMENT AU REGARD DE LA VICTIME.....	52
<i>A) La difficulté de la preuve d'un fait négatif par la victime</i>	<i>52</i>
1) De l'opportunité d'une présomption d'absence de consentement pour les majeurs	52
a) La complexité de constater un fait négatif.....	52
b) La complexité de prouver un fait négatif.....	54
2) De l'opportunité d'une présomption d'absence de consentement pour les mineurs	55
a) Les avantages de la présomption d'absence de consentement des mineurs	56
b) Les dangers de la présomption d'absence de consentement des mineurs.....	57
<i>B) La position procédurale de la victime dans le procès pénal</i>	<i>59</i>
1) L'ambiguïté entre le statut de victime et de partie civile.....	60
a) Opposition entre action civile et constitution de partie civile.....	60
b) La constitution de partie civile dans le but de corroborer l'action civile.....	61
2) La problématique de la parole de la victime partie civile en tant qu'élément de preuve.....	63
a) Le rôle prépondérant de la parole de la victime.....	63
b) La force probante de la parole de la victime.....	64
II. LA PROBLEMATIQUE DE LA PREUVE POSITIVE DU CONSENTEMENT PAR L'AUTEUR.....	67

<i>A) La charge de la preuve du consentement de la victime confrontée à la présomption d'innocence</i>	67
1) Vers une dangereuse évolution de la charge de la preuve	67
a) Le passage de la charge de la preuve de l'accusation à la défense par l'introduction du consentement sexuel	67
b) Les difficultés tenant à l'évolution de la charge de la preuve.....	68
2) L'inquiétante instauration d'une présomption de culpabilité de l'auteur	69
a) La proposition critiquable d'une présomption de véracité des victimes d'infractions sexuelles	69
b) La présomption de culpabilité contraire en droit pénal	71
<i>B) L'objet de la preuve du consentement de la victime</i>	72
1) L'objet de la preuve des infractions sexuelles	72
a) La détermination de l'objet de la preuve	73
b) Le principe de liberté de la preuve.....	74
2) Le déplacement de l'objet de la preuve par l'introduction explicite du consentement.....	75
a) La complexe démonstration d'une donnée psychologique.....	75
b) Le consentement de la victime prouvé par l'absence de violence, contrainte, menace ou surprise.....	76
CONCLUSION.....	78
TABLE DES MATIERES	79
BIBLIOGRPAHIE	82

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages :

- G. STEFANI et G. LEVASSEUR « La charge de la preuve », Extrait de Précis Dalloz *Procédure pénale*, 2^{ème} édition, Paris, 1962, p.276
- P. CONTE, J. LARGUIER, A. LARGUIER, *Droit pénal spécial*, Dalloz, collection Mémento, 15^{ème} édition, 2013
- E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2016, 3^{ème} édition
- M. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, collection Précis, 2018, 8^{ème} édition
- P. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 2019, 6^{ème} édition
- C. ANDRÉ, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 2019, 5^{ème} édition
- M. VERON, *Droit pénal spécial*, Sirey, 2019, 17^{ème} édition
- V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Collection Hypercours, 2020 6^{ème} édition

Textes législatifs :

- Code pénal
- Code de procédure pénale
- Loi du 23 décembre 1980 n°80-1041 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs
- Loi du 17 juin 1998 n° 98-468 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs
- Loi du 15 juin 2000 n°2000-516 renforçant la présomption d'innocence et les droits des victimes
- Loi du 12 décembre 2005 n°2005-1549 relative au traitement de la récidive des infractions pénales
- Loi du 8 février 2010 n° 2010-121 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux
- Loi du 3 août 2018 n°2018-703 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes
- Circulaire d'application de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes du 3 septembre 2018
- Avis du Conseil d'État sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs, 15 mars 2018 n°394437

- Loi du 21 avril 2021 n°2021-478 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

Jurisprudences :

- Cass. Crim. 25 juin 1857, Bull. crim. n° 240
- Cass. Crim 2 décembre 1943 B n°137
- Cass. Crim. 10 juillet 1973, n°90-10.473
- Cass. Crim., 16 décembre 1980, Bull. crim n° 48
- Cass. crim. 11 févr. 1992, n°91-86. 391
- Cour EDH, 22 novembre 1995, S.W c/ Royaume-Uni, n°20166/92
- Cass. Crim., 17 janvier 1997, n°96-80.353
- Cass. Crim., 17 septembre 1997, n°97-83.617
- Cass. Crim, 8 janvier 1998, n°97-85.552
- Cass. Crim., 21 octobre 1998, n°98-83.843
- Cass. Crim., 25 avril 2001 n°00-85.467
- Cass. Crim., 20 juin 2001, n°00-88.258
- Cass Crim., 10 mai 2001 n° 00-87.659
- Cass. Crim., Ass. plén. 8 juillet 2005, n°99-83.846
- Cass. Crim., 7 décembre 2005 n°05-81.316
- Cass. Crim., 4 avril 2007, n°07-80.253
- Cass. Crim. 17 mars 2010, n° 09-88.674
- Cass. Crim., 3 mars 2021, n°20-82.399
- Cass. Crim., 15 avr. 2015, n° 14-82.172
- Cons. Const., 6 février 2015, n° 2014-448
- Cass. Crim., 23 janvier 2019, n°18-82.833
- Cass. Crim., 14 octobre 2020, n°20-83.273
- Cass. Crim., 17 mars 2021, n°20-86.318

Doctrine :

- E. ROLLAND, « La protection du mineur, victime d'infraction sexuelle », RDSS 1998, p.892
- Y. MAYAUD, « Le défaut de consentement en matière d'agressions sexuelles : précisions et rappels sur les notions d contrainte et de surprise », RSC 2001, p.808

- V. MALABAT, « Infractions sexuelles » Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, octobre 2002
- Y. MAYAUD, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », AJ Pénal 2004, p.9
- E. FORTIS ? « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », Editions Pédone, « Archives de politique criminelle », 2006/1 N°28, p.41 à 48
- M. PAGÉ-ARPIN, « La procédure pénale dans sa forme actuelle peut-elle répondre aux attentes des plaignantes en matière de crimes sexuels ? », Les Cahiers de PV, février 2010
- C. GUERY, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », AJ Pénal 2010, p.126
- D. SALAS, « Opinion publique et justice pénale, une rencontre possible ? » Nouveau Monde éditions, « Le Temps des médias », 2010/5 N°15, p.99 à 110
- D. GERMAIN, « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », Dalloz, « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 2011/4 N°4, p.817 à 824
- C. LA MAGUERESSE, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », Éditions A. Pédone, « Archives de politique criminelle », 2012/1 N°34, p.223 à 240
- A. JAUNAIT et F. MATONTI, « L'enjeu du consentement », Presses de Science Po, « Raisons politiques », 2012/2 N°46, p.5 à 11
- F. DESPREZ, « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », Éditions A. Pédone, « Archives de politique criminelle », 2012/1 N°34, p.45 à 69
- A. DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », Éditions A. Pédone, « Archives de politique criminelle », 2012/1 N°34, p.31 à 43
- J. DELGA, « Les relations sexuelles consenties entre mineurs : libre sexualité, questionnements, interdictions », Sexologies, 2013, p.124 à 132
- J. BARBOT, N. DODIER, « Repenser la place des victimes au procès pénal », Presses de Science Po, « Revue française de science politique », 2014/3 Vol 64, p.407 à 433
- D. SIMARD, « La question du consentement sexuel : entre liberté individuelle et dignité humaine », Unité de recherche Lettres, Idées, Savoirs, UPEC, Université Paris-Est-Créteil, 23 juin 2015
- Y. MAYAUD, « Rebondissement sur la structure matérielle des infractions sexuelles », RCS 2015, p86
- J.C SAINT-PAU, « Le mineur victime d'infractions pénales », dans *La victime de l'infraction pénale*, J. BUISSON et C. RIBEYRE, Dalloz, janvier 2016

- C. DURRIEU DIEBOLT, « Atteinte sexuelle : et si la justice disait que votre enfant a consenti à des rapports sexuels avec un adulte ? », Village Justice, 29 août 2017
- C DURRIEU-DIEBOLT, « La charge de la preuve du viol peut-elle évoluer ? », Village Justice, 3 février 2017
- B. GUILLARME, « Démocratie et consentement sexuels », Éditions Raison publique, « Raison publique », 2017/1 N°21, p.175 à 183
- S. FELICULIS, « Quel consentement sexuel chez les jeunes femmes d'aujourd'hui ? », Société française de Gestalt, « Gestalt », 2017 N°51, p.75 à 88
- M. ROMERO, « Qualifier pénalement l'inceste : les incertitudes du droit pénal français contemporain », Cahiers d'anthropologie sociale, Paris », La peur de l'inceste, p.127 à 143, 2017
- Y. MAYAUD, « Le viol au sein du couple, une question de preuve », RSC 2017, p.290
- M. MACHART, « La nouvelle définition du viol posée par la loi « Schiappa » du 3 août 2018 n°2018-703 », Village Justice, 12 septembre 2018
- C. VANIER et A. LANGLADE, « Comprendre le dépôt de plainte des victimes de viol : facteurs individuels et circonstanciels », Médecine & Hygiène, « Déviance et Société, 2018/3, Vol. 42, p.501 à 533
- T. BESSE, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », RSC 2018, p.21
- J. LEONHARD, « Du toucher pelvien à l'agression sexuelle », AJ Pénal 2018, p.39
- J.C SAINT-PAU, « L'agression sexuelle par surprise », B. Teyssier, LexisNexis 2018
- P. LE MAIGAT, « Loi Schiappa : un nouvel exemple de soumission d'une politique pénale à l'idéologie victimaire ? » Gazette du Palais n°332t6, p.12, 15 octobre 2018
- S. SELLAMI, « L'échec de la tentative de l'instauration d'un seuil d'âge du consentement sexuel des mineurs », Village Justice, 16 janvier 2019
- A. DARSONVILLE, « Viol – Éléments constitutifs du viol », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, février 2020 (actualisation : janvier 2021)
- J. PORTIER, « L'importance d'être consentant : les enjeux d'une exigence de consentement sexuel explicite en droit pénal français », AJ Pénal 2019, p.431
- J.C SAINT-PAU, « Viol par surprise : le stratagème numérique et érotique », LexisNexis, La semaine juridique, n°8, p. 364 à 367, 25 février 2019
- S. ZIENTARA-LOGEAY, « Viol par surprise : quand il a erreur sur (les qualités physiques) de la personne (conclusions) », Gazette du Palais n°08, n°GPL343b5, p.20, 26 février 2019
- E. DREYER, « Viol par tromperie sur l'apparence », Recueil Dalloz 2019, p.361

- Y. MAYAUD, « La relation sexuelle, une relation *intuitu personae* ! », RSC 2019, p.88
- L. SAENKO, « La présomption de non-consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles : le retour ? » Recueil Dalloz 2020, p.528
- C. GUERY, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », RSC 2020, p.255
- D. GOETZ, « Violences sexuelles sur mineurs et inceste : la loi est publiée », Dalloz actualité, 27 avril 2021
- S. PAPILLON, « Ceci n'est pas une présomption de non-consentement », AJ Pénal 2021, p.60

Thèses et mémoires :

- M. FRAYSSE, *L'âge en droit pénal spécial*, Mémoire, Université Panthéon-Assas, 2014
- S. TADROUS, *La place de la victime dans le procès pénal*, Thèse, Université Montpellier, 2014
- B. LACROIX, *Lecture du consentement sexuel sous le prisme de l'adolescence*, Mémoire, Université catholique de Louvain, 2018
- C. LA MAGUERESSE, *Les femmes victimes de violences sexuelles masculines confrontées au droit pénal de fond*, Thèse, Université Panthéon-Sorbonne, 2018
- M. ROMERO, *Le traitement juridique des délits sexuels sur mineurs, une enquête de sociologie judiciaire et législative*, Thèse, École des Hautes Études en sciences sociales, 2018
- A. ANGELLA, *Le consentement en matière d'infractions sexuelles*, Projet de Thèse, Université Grenoble Alpes, 2020

Articles de presse :

- L. ARAGON, Francis PONGE et autres, « A propos d'un procès », *Le Monde*, 26 janvier 1977
- Louis ALTHUSSIER, Jean-Paul ARON et autres, « Un appel pour la révision du code pénal à propos des relations mineurs-adultes », *Le Monde*, 23 mai 1977
- M. COUTURIER, « Pour que le consentement ne soit plus l'arlésienne de l'infraction de viol », *Libération*, 19 février 2021
- S. CORDIER, « Violences sexuelles sur mineur : la déception des associations de protection de l'enfance et de lutte contre l'inceste », *Le Monde*, 16 mars 2021

Articles en ligne :

- S. MORAVY, « Des dangers de la présomption d'absence de consentement sexuel des mineurs », disponible sur <https://voxcriminis.wordpress.com/2017/10/20/des-dangers-de-la-presomption-dabsence-de-consentement-sexuel-des-mineurs/>
- C. HARDOUIN-LE GOFF, « En finir avec le consentement des mineurs en matière de violences sexuelles... usine à gaz à l'horizon ? », disponible sur <https://blog.leclubdesjuristes.com/en-finir-avec-le-consentement-des-mineurs-en-matiere-de-violences-sexuelles-usine-a-gaz-a-lhorizon-par-caroline-hardouin-le-goff/>
- N. GOSELIN, « Inceste, violences sexuelles : une avocate à Bordeaux s'inquiète des conséquences de l'affaire Duhamel », disponible sur https://actu.fr/nouvelle-aquitaine/bordeaux_33063/inceste-violences-sexuelles-une-avocate-a-bordeaux-s-inquiete-des-consequences-de-l-affaire-duhamel_39741499.html

Livres et documentaire :

- C. KOUCHNER, *La Familia grande*, Seuil, 7 janvier 2021
- V. SPRINGORA, *Le Consentement*, Grasset, 2 janvier 2020
- E. DURAND, *Violences sexuelles : en finir avec l'impunité*, Dunod, Santé sociale, 3 mars 2021
- Documentaire réalisé par B. GROSJEAN et D. DHILLY, « Infrarouge : sexe sans consentement », France 2