



Le paradoxe de la protection des enfants victimes d'infractions sexuelles

Que dit le droit ?

Jessica Filippi

DANS **LES CAHIERS DYNAMIQUES** 2019/4 N° 77 , PAGES 20 À 34
ÉDITIONS **ÉRÈS**

ISSN 1276-3780

ISBN 9782749264523

DOI 10.3917/lcd.077.0020

Date de mise en ligne : 03/08/2020

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://shs.cairn.info/revue-les-cahiers-dynamiques-2019-4-page-20?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



Distribution électronique Cairn.info pour érès.

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://shs.cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

Le paradoxe de la protection des enfants victimes d'infractions sexuelles

Que dit le droit ?

Le 3 août 2018, la France adoptait la loi 2018-703 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes. Plus communément connue sous le nom de « loi Schiappa », cette réforme a notamment suscité de nombreuses attentes à l'égard des enfants victimes d'infractions sexuelles. Mais, en réalité, quelles sont les avancées en matière juridique quant à la protection de ces enfants ? Quelles évolutions observe-t-on quant aux questions liées aux notions de consentement, de discernement ou encore d'abus de vulnérabilité ? Jessica Filippi nous offre ici une lecture critique du droit pénal français sur les infractions sexuelles commises sur les mineurs par des mineurs ou des majeurs.

La protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles a toujours été un champ de bataille pour ses défenseurs. Qu'il s'agisse de la scène de la réglementation de ces infractions ou des affaires judiciaires, la protection des mineurs victimes soulève de nombreuses questions juridiques. Les dispositions légales actuelles relatives aux éléments constitutifs interrogent quant à leur effectivité et leur efficience pour les mineurs victimes de ces actes.

En effet, l'élément constitutif essentiel de l'infraction se traduit par la présence ou non du consentement de la victime (majeure ou mineure) dans sa participation à l'acte sexuel. La notion d'absence de consentement, qui sera analysée plus particulièrement dans les situations où

Jessica Filippi est chercheuse en criminologie à l'École nationale de protection judiciaire de la jeunesse (ENPJJ) ; chercheuse associée à l'Université Libre de Bruxelles (ULB), Centre de recherche sur la pénalité, la sécurité et les déviations.

**L'élément
constitutif
essentiel
de l'infraction
se traduit par
la présence ou non
du consentement
de la victime.**

le mineur est victime, a fait l'objet, au cours de ces dernières décennies, d'une jurisprudence nourrie à travers les notions de « violence, contrainte, menace ou surprise¹ ». En outre, les différents projets de réforme ont fait l'objet de nombreux débats et de révisions par le Conseil constitutionnel.

En octobre 2017, à la suite de l'annonce d'un projet de loi sur les violences sexuelles, la commission des lois du Sénat a mis en place un groupe de travail qui a conduit à l'adoption d'une nouvelle loi le 3 août 2018, à la suite d'un

long processus de discussions entre le Sénat et l'Assemblée nationale. Deux missions parlementaires du Sénat (n° 289 du 7 février 2018) et de l'Assemblée nationale (n° 721 du 22 février 2018), ainsi qu'une mission multidisciplinaire sur les infractions sexuelles commises à l'égard de mineurs ont nourri l'élaboration de la loi². Néanmoins, la mouture finale adoptée ne fait pas l'unanimité. Même si la loi sur les violences sexuelles et sexistes introduit dans la définition du viol et de l'agression sexuelle une « protection » pour les mineurs de moins de 15 ans, celle-ci demeure relative.

**Les infractions sexuelles et leurs éléments constitutifs,
une évolution du droit**

Les infractions sexuelles en droit pénal français relèvent de différents degrés. Si ces infractions étaient considérées au départ comme des affaires de mœurs, l'âge et la dimension d'absence de consentement ne comptaient pas parmi les éléments constitutifs. C'est progressivement qu'ils se sont affinés et que l'absence de consentement est devenue un élément central dans la caractérisation de l'infraction sexuelle. Mais, dans le champ des mineurs victimes, la preuve du consentement dans les agressions sexuelles demeure un non-sens.

1. Cf. Définition de l'agression sexuelle article 222-22 du Code pénal : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ».

2. Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes (1), <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/8/3/JUSD1805895L/jo/texte>

*L'âge, une condition déconnectée de la notion d'absence de consentement*³

Historiquement, il n'existait pas dans le Code pénal de notion d'infraction sexuelle, mais celle d'infraction contre les mœurs. L'adoption en France de la loi de 1980 définissant le viol institue une référence relative au consentement de la personne. Elle ne condamne plus la transgression d'une morale sociale, mais plutôt celle d'une atteinte au consentement de la personne⁴. En 1994, l'objectif du législateur a été de déplacer dans le groupe plus général des violences aux personnes les infractions sexuelles. La notion de consentement a été réaffirmée, et en a fait la *summa divisio*⁵ des infractions sexuelles⁶. Le législateur a délimité une frontière entre, d'un côté, les infractions qui relèvent de relations sexuelles interdites parce qu'elles violent le consentement de la personne⁷ (viol⁸ et agression sexuelle⁹) et de l'autre, celles prohibées parce que l'âge du mineur victime (moins de 15 ans) ne permet pas un consentement valable (atteinte sexuelle sur mineur¹⁰).

Ainsi l'article 222-23 du Code pénal définit le viol comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise [...] ».

L'article 227-25 du Code pénal caractérise les atteintes sexuelles comme « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de 15 ans [...] ». Si ces actes sont commis avec violence, contrainte, menace ou surprise, l'agression sexuelle est caractérisée¹¹.

3. M. Romero, thèse *Le traitement juridique des délits sexuels sur mineurs, une enquête de sociologie législative et judiciaire*, 2018.

4. I. Thery, « Les trois révolutions du consentement : pour une approche socio-anthropologique de la sexualité », dans *XXXIII^e colloque français de criminologie*, Actes, Dalloz, 2002.

5. Expression latine signifiant « la division principale » ou « la division majeure ».

6. M.-L. Rassat, « Agressions sexuelles – Viol – Autres agressions sexuelles – Exhibition sexuelle – Harcèlement sexuel », *LexisNexis*, n° version 1/2010- 2008b, « Mise en péril des mineurs – Atteintes sexuelles sans violence sur mineur ».

7. L'article 222-22 du Code pénal est consacré à la définition du nouveau terme générique « des agressions sexuelles » (dont le viol) : « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ».

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

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

10. Article 227-25 du Code pénal : « Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace, ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende ».

11. Voir nbp n° 2 et 9.

La distinction entre ces infractions s'opère par les procédés utilisés dans le passage à l'acte.

Elle résulte de la présence (atteinte sexuelle) ou non de consentement (agression sexuelle) d'une part, et de l'acte de pénétration d'autre part (viol). Cependant, l'absence de consentement est une notion juridique aux contours incertains. Elle s'articule autour d'autres notions en droit pénal, à savoir la contrainte, la menace, la violence et la surprise. Des éléments dont les limites sont floues et les sens s'entrecroisent. En effet, la jurisprudence n'a pas dégagé d'interprétation claire de la contrainte en matière d'agression sexuelle. Elle se rapproche tantôt de la menace (contrainte morale), tantôt de la violence (contrainte physique) ou encore d'un état pour les victimes en particulière faiblesse psychologique.

L'atteinte sexuelle se distingue donc de l'agression sexuelle, par le résultat (atteinte de nature sexuelle impliquant le consentement de la victime) et par le comportement à incriminer (il faut distinguer que le mineur ait plus ou moins de 15 ans). L'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans implique que l'auteur soit majeur, art. 227-25, tandis que celle sur mineur âgé de 15 à 18 ans n'est sanctionnée que si elle est commise par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité, soit par une personne abusant de l'autorité conférée par ses fonctions (article 227-27). Le texte d'incrimination sur les atteintes sexuelles ne concerne alors que les mineurs victimes et les mises en causes majeurs. Il ne concerne ni les majeurs entre eux ni les mineurs entre eux.

Par paliers successifs, l'âge est devenu un critère à part entière des infractions sexuelles (critère aggravant ou constitutif). Mais la minorité ne constitue pas une présomption d'absence de consentement. Cependant, le Code pénal de 1994 fait du déséquilibre d'âge entre l'auteur et la victime mineure, une violence morale ou une contrainte pouvant être assimilée à une absence de consentement. Cette logique a été renforcée avec la loi du 8 février 2010 et la nouvelle définition donnée à la contrainte morale¹². En ce sens, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence en approuvant les juges du fond qui ont retenu que la contrainte ou la surprise résultaient du très jeune âge

12. Issue de la loi du 8 février 2010. Article 222-22 du Code pénal : « La contrainte peut être physique ou morale. Elle peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime. »

des victimes, suffisamment peu élevé pour qu'elles ne puissent avoir une idée de ce qu'est la sexualité, ce « qui les rendaient incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur sont imposés¹³ ». Ainsi, la contrainte peut résulter de la différence d'âge et du lien d'autorité avec la victime.

Alors que les affaires d'infractions sexuelles entre mineurs victimes et majeurs semblent être encadrées par le droit, la réforme du 3 août 2018 a « passé sous silence » la question des mineurs et des infractions sexuelles commises entre eux¹⁴. De plus, les propositions de relations inter-âges entre mineurs comme présomption de violence morale¹⁵ n'ont pas été retenues dans la nouvelle mouture de la loi à l'instar de pays tels que l'Angleterre ou le Pays de Galles qui considèrent qu'un mineur de 16 ans est réputé « consentant » seulement s'il a une différence d'âge d'un maximum de cinq ans avec l'abuseur¹⁶.

La matérialisation des faits et la juste qualification pénale demeurent difficiles, particulièrement dans ces affaires¹⁷. En effet, des travaux juridiques ont montré que le droit ne permet pas d'incriminer les atteintes sexuelles entre mineurs si elles ne se doublent pas d'une violence¹⁸. Or, la plupart des actes sexuels perpétrés par des mineurs se déroulent sans aucune violence ni contrainte, parfois même dans le cadre de flirts¹⁹.

13. Voir Cass. crim. 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n° 326 ; AJ Pénal, 2006, p. 81, obs. C. Saas ; RSC 2006, p. 319, obs. Y. Mayaud (victimes âgées de 18 mois à 5 ans). Voir aussi *Cass. crim.*, 28 nov. 2001, *pourvoi* n° 01-86. 218 (victime âgée de 5 ans et demi) ; 3 avril 2001, *pourvoi* n° 01-80. 623 (victime âgée de 8 ans).

14. J. Delga, « Les relations sexuelles consenties entre mineurs : libre sexualité, questionnements, interdictions », *Sexologie*, n° 22, 2013, p. 124-132. <http://dx.doi.org/10.1016/j.sexol.2012.11.002>

15. La nouvelle base légale donnée à la contrainte morale ne retient les écarts d'âge que s'il y a un rapport d'autorité avec le mineur victime.

16. Extrait d'une étude comparative de législation européenne 1996 « *Les abus sexuels sur les mineurs* », travaux parlementaires du Sénat : https://www.senat.fr/lc/lc21/lc21_mono.html#toc0 ; Étude de législation comparée n°133, mars 2004, « Les infractions sexuelles commises sur les mineurs » <https://www.senat.fr/lc/lc133/lc1330.html>

17. Y. Mayaud, « Les violences sexuelles, les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *Actualité Juridique Pénal*, n° 1 (janvier), 2004, p. 9-13.

18. J. Delg, *op. cit.*

19. L. Mucchielli, V. Le Goaziou, « Contribution à l'analyse de la "violence des mineurs". Les affaires traitées par les juges des enfants », *Adolescence*, 2009/2 (n° 68), p. 415-429. DOI 10.3917/ado.068.0415. V. Le Goaziou, « La judiciarisation croissante des violences sexuelles commises par les mineurs dans les années 1990 et 2000 », dans V. Blanchard, J.-J. Yvovrel, *Les jeunes et la sexualité. Initiations, interdits, identités (XIX^e-XX^e siècle)*. Éditions Autrement, 2010, p. 254- 264.

La preuve de non-consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles, un non-sens dans la procédure judiciaire

Les interactions sexuelles entre les adultes et les mineurs peuvent relever soit de l'agression sexuelle soit de l'atteinte sexuelle. Ce n'est pas la nature de l'acte sexuel commis qui donne la qualification, puisqu'une pénétration peut, en fonction des circonstances, être qualifiée d'agression ou d'atteinte. L'absence de consentement est la pierre angulaire des infractions sexuelles (élément moral et intentionnel). Elle exige que l'auteur ait agi avec violence, contrainte, menace ou surprise. C'est donc l'existence ou l'absence de violence, contrainte, menace ou surprise qui fera la différence entre l'atteinte et l'agression sexuelle. En tout état de cause, la preuve de l'absence de consentement est exigée, le juge cherche les éléments qui démontrent que le mineur n'était pas consentant.

Les procédures judiciaires sont souvent longues et se déroulent intégralement à l'oral. Les victimes peuvent, à ce moment, être l'objet d'une survictimisation. Pour les victimes souffrant de stress post-traumatiques, l'évocation des infractions sexuelles peut les conduire à une reviviscence des événements et « jouer » en leur défaveur.

Le déroulement de la procédure judiciaire peut être particulièrement éprouvant pour les mineurs victimes d'infractions sexuelles. L'accusation dans la procédure judiciaire doit rapporter la preuve de l'existence de l'un de ces moyens pour démontrer l'absence de consentement, ce qui paraît être un non-sens dans les affaires impliquant les mineurs victimes. Lors de la procédure, les magistrats sont amenés à apprécier les critères qui caractérisent l'absence de consentement de la victime, autrement dit son comportement au regard de son discernement, de son attitude, de sa maturité, de la différence d'âge entre l'auteur et la victime mineure, etc.

**Ni les enfants
ni les jeunes
adolescents n'ont
en la matière
une quelconque
liberté de choix.**

La loi ne fixe pas d'âge de discernement, elle n'établit pas non plus de différence d'âge ; ces éléments demeurent à la libre appréciation des juges. Pour les mineurs, le premier enjeu du procès sera la reconnaissance de leur état de victime et la validation de leur parole.

Les auteurs d'infractions reconnaissent peu ou prou les faits et reviennent sur la notion de consentement qui présuppose l'existence d'un choix. L'agresseur soutient que le mineur n'était pas contraint, l'amenant à penser qu'il est le coupable et qu'il aurait dû renoncer. Ni les enfants ni les jeunes adolescents n'ont en la matière une quelconque liberté de choix.

Lors de l'instruction, les mineurs victimes sont interrogés sur leur comportement au moment des faits. N'ayant pas été en « capacité de refuser », cette situation les amène à penser que leur comportement s'apparente à une adhésion. Victimes, et faisant l'objet de troubles psycho-traumatiques lors du passage à l'acte (amnésies, conduites à risque et dissociantes, absence de réaction lors des faits, sidération), ces éléments peuvent être utilisés par la défense et par conséquent les desservir²⁰. À ce moment, les faits, initialement qualifiés en agression sexuelle ou viol, basculent sous la qualification juridique d'atteinte sexuelle²¹. La justice signifie au mineur victime qu'il n'y était en rien contraint et que la relation à laquelle il a consenti est prohibée par la loi.

L'affaire de Pontoise de 2017 est un exemple illustrant la difficile démonstration de l'absence de consentement dans les affaires d'infractions sexuelles entre majeurs et mineurs²². Alors que la différence d'âge aurait pu être utilisée comme un élément de contrainte morale, le parquet a considéré qu'une mineure de 11 ans avait consenti à des rapports sexuels avec un homme de 28 ans. Il faut espérer que cette affaire fasse l'objet d'un pourvoi en cassation et requalifie les faits d'atteinte sexuelle en viol.

Marlène Schiappa (secrétaire d'État à l'égalité entre les femmes et les hommes) a souhaité répondre au choc causé dans l'opinion publique, en promettant l'inscription dans la loi d'un seuil au-dessous duquel un enfant ne pourrait être considéré comme consentant (15 ans). L'inversement de la charge de la preuve, souhaitée par l'instauration d'une présomption de non-consentement du fait de l'âge, n'a pas été retenu. Il est préféré l'ajout d'une disposition supplémentaire dans l'article 222-22-1 où la contrainte et la surprise sont caractérisées par « l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes²³ ».

20. M. Salmona, *Le livre noir des violences sexuelles*, Paris, Dunod, 2^e édition, 2018, Hors Collection, 384 p.

21. Cass. crim., 29 mars 2006, n° 05-84.552, *Bull. crim.* n° 96 ; AJ Pénal 2006, p. 310, obs. G. Roussel ; RSC. 2006. 828, obs. Y. Mayaud.

22. Dans cette affaire, un homme de 28 ans a eu un rapport sexuel avec pénétration avec une mineure de 11 ans. Alors que la victime et la famille de la victime portent plainte pour viol, les faits retenus sont qualifiés d'atteinte sexuelle par le Parquet.

23. Article 222-22-1 : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise peuvent résulter de l'abus de vulnérabilité de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à ces actes. »

Les récentes évolutions en matière de protection des mineurs

L'allongement du délai de prescription en matière d'infraction sexuelle commise sur la personne d'un mineur

Le 3 août 2018, la loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes a été adoptée par l'Assemblée nationale. Elle prolonge le délai de prescription de l'action publique de vingt à trente années révolues à compter de la majorité de la victime pour les crimes mentionnés à l'article 706-47 du Code de procédure pénale et à l'article 222-10 du Code pénal, lorsqu'ils sont commis sur un mineur. L'âge maximal d'engagement de l'action publique est donc, dans ces cas, rehaussé de 38 ans à 48 ans révolus. La prescription en matière pénale ne dispose pas de règle spécifique en termes de restriction eu égard aux infractions. Seulement, la Constitution contrôle la justification et la proportionnalité des délais de prescription selon les principes d'égalité devant la loi et de respect des droits de la défense²⁴.

L'étude a donné trois justifications favorables à l'allongement du délai de prescription. La première relève des conséquences du traumatisme vécu par les victimes d'infractions sexuelles (difficulté à révéler les faits, à désigner l'auteur, à l'incapacité à s'en souvenir (amnésie traumatique)). La deuxième réside dans les « améliorations apportées aux techniques d'investigation et de recueil ou de conservation des preuves²⁵ ». La dernière se fonde sur la gravité des crimes commis à l'égard des mineurs²⁶.

Le Conseil d'État a approuvé cet allongement du délai de prescription à trente années au lieu de vingt comme il était envisagé précédemment. Pour celui-ci, cet allongement du délai dérogatoire ne va pas à l'encontre de l'exigence proportionnelle²⁷, au regard d'une part du

24. Décision n° 2013-302 QPC du 12 avril 2013.

25. Conseil d'État, Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs, 21 mars 2018, accessible à l'adresse <https://www.conseil-etat.fr/ressources/avis-aux-pouvoirs-publics/derniers-avis-publies/projet-de-loi-renforçant-la-lutte-contre-les-violences-sexuelles-et-sexistes-commises-contre-les-mineurs-et-les-majeurs>, consultée le 28 avril 2020

26. *Op. cit.*

27. Le principe de proportionnalité « commande l'examen de la situation particulière du délinquant et des circonstances particulières de l'infraction. La conséquence de l'application d'une telle démarche individualisée est qu'il existera inévitablement des écarts entre les peines prononcées pour des crimes donnés. En effet, le principe de proportionnalité est en lien immédiat avec la gravité de l'infraction. La gravité de l'infraction, à la base du principe de proportionnalité, contient les notions de préjudice, de préjudice potentiel et de culpabilité morale du contrevenant. Celle-ci s'exprime également par les modalités de la participation du contrevenant au crime. » *R. c. Proulx* [2000] 1 R.C.S. 61. « Afin que la peine corresponde au crime ».

**Il serait peut-être
préférable que
la France se tourne
vers un régime
d'imprescriptibilité
des infractions
sexuelles.**

respect du principe d'égalité devant la loi applicable dans le cadre de la procédure judiciaire et d'autre part compte tenu des trois arguments susmentionnés.

Comparativement, certains pays voisins, comme le Royaume-Uni, les Pays-Bas, ou la Suisse, par exemple, ont adopté des législations rendant imprescriptibles les crimes sexuels contre les mineurs. Au regard des circonstances dans lesquelles de telles infractions peuvent avoir lieu, il serait peut-être préférable que la France se tourne vers un régime d'imprescriptibilité des infractions sexuelles afin de répondre à ces cas d'amnésie post-traumatique, et donc laisser aux victimes le temps de se saisir de la justice.

Le renforcement de la répression des abus sexuels sur les mineurs de 15 ans, le résultat de propositions juridiques portant atteinte à la Constitution

Initialement, la volonté des législateurs était d'insérer deux nouvelles dispositions dans l'article 222-22 et 222-23 du Code pénal, en substituant la formulation « violence, contrainte, menace ou surprise » qui constitue « la preuve d'absence de consentement » par « l'auteur connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime ». Quand bien même justifiée en raison de la vulnérabilité des mineurs dans leur appréciation des violences sexuelles et des difficultés à établir dans les affaires l'absence de consentement des mineurs, le Conseil Constitutionnel a dressé trois objections puisque ces « propositions » portaient atteinte aux exigences et principes constitutionnels.

Des modifications ont donc été apportées consistant d'une part, à augmenter le *quantum*²⁸ de la peine dans la répression des infractions sexuelles et consistant, d'autre part, à « faciliter » la démonstration de l'absence de consentement en apportant de nouveaux moyens. Ainsi, la loi du 3 août 2018 ajoute deux dispositions dans l'article 222-22 qui définit et réprime l'agression sexuelle²⁹ et l'article 222-23 du Code pénal qui incrimine le viol en cas de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'elle soit³⁰(d).

28. Expression latine signifiant la quantité, dans cette phrase il s'agit de la détermination d'une peine ou du montant d'une peine.

29. Cf. nbp n° 2 et 9.

30. Cf. nbp n° 10.

La loi du 3 août 2018

Le Conseil Constitutionnel, aux regards des objections et des inconstitutionnalités, a donc proposé deux aménagements pour renforcer la protection des mineurs victimes. Ces aménagements ont trouvé une stabilité dans la loi du 3 août 2018. Ils consistent en une augmentation du quantum de la peine dans la répression des infractions sexuelles et la « facilitation » de la démonstration de l'absence de consentement.

La loi du 3 août 2018 porte ainsi à sept années d'emprisonnement la sanction du délit d'atteinte sexuelle³¹ et précise dans l'article 351 du Code de procédure pénale que « lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime, le président doit poser la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violence, contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats ». Cette précision, apportée à l'obligation procédurale, figurant déjà à l'article 351 du Code de procédure pénale, fait suite à l'affaire de Pontoise.

L'article 222-22-1 du Code pénal ajoute une disposition selon laquelle « lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de vulnérabilité de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour ces actes ». La solution proposée consiste à faciliter la démonstration de la contrainte et/ou la surprise lorsque la victime est âgée de moins de quinze ans. D'application immédiate, elle a l'avantage de ne pas déstabiliser la définition du viol donnée par la loi et la jurisprudence. Ainsi, la loi préfère la formulation de « l'abus de la vulnérabilité de la victime ». Elle semble partir du principe que les mineurs de quinze ans, en ce qu'ils ne disposent pas du discernement nécessaire pour consentir à l'acte sexuel, se trouvent dans un état de « vulnérabilité » et non plus d'« ignorance » dont l'abus « caractérise[rait] » fatalement une contrainte morale ou une surprise au sens des dispositions visées. Alors que sous l'ancienne formule, la contrainte morale et la surprise « [pouvaient] résulter de », elles sont désormais « caractérisées par » – ce qui chasserait, selon le Conseil, tout aléa³².

Mais un doute demeure quant à l'efficacité de cette disposition dans la protection des mineurs. La question centrale reste encore la capacité

31. Cf. nbp n° 3, Art. 227-25 CP « Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par 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. »

32. Cf. nbp n° 27, considérant n° 27.

de discernement du mineur quant à la possibilité de consentir de façon libre et consciente à un acte sexuel.

« Le discernement » et « l'abus de vulnérabilité », un sens convergent pour les mineurs victimes d'infraction sexuelle

La loi du 3 août 2018 utilise la formulation de « l'abus de vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes » pour caractériser la contrainte et la surprise et faciliter la démonstration de « l'absence de consentement ». Pourtant, cette énonciation suscite des interrogations quant à leur interprétation et leur portée protectrice.

Le critère du « discernement » est conforme à la Convention des Nations unies du 20 novembre 1989³³. En droit français, même si cette notion figure dans les articles 388-1 du Code civil³⁴ et l'article 338-4 du Code de procédure civile³⁵ il n'existe ni de définition ni de précision de la part de la jurisprudence quant à ce terme. Également, nombreuses sont les décisions prétorienne qui refusent de limiter la notion de discernement à certains seuils d'âge. Les liens entre l'âge et le discernement demeurent variables, dépendant des personnes et de la subjectivité de l'autorité judiciaire. En ce sens, la Cour de cassation, par un arrêt du 18 mars 2015, a ainsi considéré qu'une cour d'appel prive sa décision de base légale en rejetant une demande d'audition formulée par un mineur, en se bornant à se référer à son âge sans expliquer en quoi celui-ci n'était pas capable de discernement³⁶. Il n'existe

33. Dans la majorité des situations, l'audition est considérée comme n'étant pas opportune pour les mineurs en bas âge. Dans cette situation, les juges doivent motiver la décision par laquelle ils refusent l'audition d'un mineur.

34. Article 388-1 C.civ : « Dans toute procédure le concernant, le mineur capable de discernement peut, sans préjudice des dispositions prévoyant son intervention ou son consentement, être entendu par le juge ou, lorsque son intérêt le commande, par la personne désignée par le juge à cet effet. Cette audition est de droit lorsque le mineur en fait la demande. Lorsque le mineur refuse d'être entendu, le juge apprécie le bien-fondé de ce refus. Il peut être entendu seul, avec un avocat ou une personne de son choix. Si ce choix n'apparaît pas conforme à l'intérêt du mineur, le juge peut procéder à la désignation d'une autre personne. »

35. Article 338-4 C.pr.civ : « Lorsque la demande est formée par le mineur, le refus d'audition ne peut être fondé que sur son absence de discernement ou sur le fait que la procédure ne le concerne pas. Lorsque la demande est formée par les parties, l'audition peut également être refusée si le juge ne l'estime pas nécessaire à la solution du litige ou si elle lui paraît contraire à l'intérêt de l'enfant mineur. »

36. Cf. Décision, C. cass, Chambre civile 1, Audience publique du mercredi 18 mars 2015, numéro de pourvoi : 14-11392, Accessible à l'adresse <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000030382522>, consulté le 28 avril 2020.

donc pas d'âge minimum de discernement et la prise en compte de la parole du mineur s'inscrit davantage dans une approche qui accorde une attention aux points de vue qu'il exprime.

Si dans le civil, l'utilisation de la notion de discernement semble être satisfaisante dans la perspective d'une meilleure prise en compte de la parole du mineur et de la défense de ses droits, à l'inverse, dans les affaires d'infractions sexuelles, la considération de cet élément est tout autre dans la protection des intérêts des victimes.

Complémentairement à ce qui a été mentionné sur les effets du passage à l'acte et la prise de parole des mineurs dans la procédure judiciaire, deux aspects peuvent se discuter. D'une part, le discernement et les éléments dont il relève, c'est-à-dire l'âge, la maturité, le degré de compréhension du mineur et, d'autre part, le consentement à l'acte. Cette formulation laisse sous-entendre que le mineur pourrait « toujours » prendre la responsabilité de ses actes ou disposer de facultés, et être considéré comme capable de discernement pour « ces actes ». Par conséquent, il existerait dans ces situations la possibilité qu'un mineur accepte ou refuse la relation sexuelle.

Si la formulation de la loi ne semble pas être satisfaisante, des précautions peuvent être ajoutées lors de l'examen des éléments par le juge quant à la « capacité de discernement du mineur ». Il pourrait s'appuyer sur un faisceau d'indices complémentaires à ceux de l'âge, de la maturité, de la *capacité intellectuelle* et du degré de compréhension. Il pourrait envisager aussi : l'état de faiblesse psychologique (troubles neuropsychologique...), physique (handicap...) et sociale (isolement...), *l'existence de troubles émotionnels ou psychiatriques*, l'ignorance de la personne sur les conséquences de l'acte, que l'auteur est un proche de la victime et du fait qu'il était impossible pour lui d'ignorer la vulnérabilité de la victime *sur sa capacité de décider la nature de la relation sexuelle, le discernement requis pour comprendre la situation qui lui permettraient de prendre la décision et d'en évaluer les conséquences possibles, l'opinion du mineur et la question de savoir si elle reflète véritablement ses valeurs et croyances*³⁷. Le concept de la capacité de discernement est relatif et contingent. En conséquence, il ne peut s'apprécier qu'au cas par cas et concrètement, en fonction de la nature et de l'importance ou de la gravité de l'acte considéré.

Ensuite, concernant la formulation « l'abus de vulnérabilité », elle semble être intrinsèquement liée à la « capacité de discernement » du mineur. L'abus de vulnérabilité est plus connu en droit des contrats

37. Propositions issues de la décision de la Cour suprême du Canada dans une affaire au civil. Cour suprême du Canada 26 juin 2009, A.C. et autres contre Directeur des services à l'enfant et à la famille, décision disponible dans <http://www.codices.coe.int>, sous rubrique CAN-2009-2-002.

sous la notion d'abus de faiblesse, défini comme le fait de profiter de la vulnérabilité d'une personne afin de la conduire à faire des actes ou à s'abstenir d'en faire et ayant des conséquences préjudiciables pour elle. Trois catégories de personnes peuvent être touchées : les mineurs, les personnes d'une particulière vulnérabilité (due à l'âge, la maladie, une infirmité, les personnes en état de sujétion psychologique et physique) et les personnes en état de sujétion psychologique et physique³⁸. En matière civile, l'abus de faiblesse est considéré comme un vice du consentement permettant de faire annuler un contrat. En matière d'infraction sexuelle et dans la loi adoptée, cette interprétation peut aussi bien y trouver sa place. En matière pénale cette question est abordée dans les atteintes aux personnes sous la forme de l'abus d'ignorance ou de faiblesse à l'article 223-15-2 du Code pénal qui punit « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur... soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité... est apparente ou connue de son auteur, pour conduire ce mineur à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ».

Cependant quels sont les éléments qui permettent au juge du fond d'établir l'abus de vulnérabilité ?

La formulation « abus de vulnérabilité » semble être redondante avec celle de « capacité de discernement ». Des similitudes sont constatées. L'examen de l'abus de vulnérabilité par le juge du fond peut tout aussi bien s'appuyer sur le faisceau d'indices susmentionné.

Cette énonciation ajoute superficiellement des précisions qui ont déjà été avancées par la jurisprudence et la loi du 8 février 2010. De plus, « l'abus de vulnérabilité » en plus d'être un élément illustrant la contrainte et la surprise, est aussi une circonstance aggravante. À l'avenir, peut-être, sera posé une question prioritaire de constitutionnalité en ce qu'il porte atteinte au principe de légalité des délits et des peines. Finalement, la nouvelle disposition n'apporte que des « précisions » relatives aux éléments constitutifs de l'infraction. Elle ne fait que préciser les notions de contrainte et de surprise dans la définition du viol et des agressions sexuelles sur mineurs de moins de 15 ans. L'accusation doit toujours porter les preuves de l'absence de consentement. Les ambiguïtés de différenciation entre la contrainte, la violence et la surprise ne sont pas résolues, la recherche du consentement du mineur victime a toujours lieu. Le problème de la preuve de non-consentement des mineurs victimes reste donc inchangé.

38. Cf. Article 223-15-2 du Code pénal. L'abus de faiblesse est un délit réprimé par l'article 223-15-2 du Code pénal et puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende.

Les conséquences de la réforme sur la procédure judiciaire et les victimes, un non-avancement de la protection des mineurs

Dans le cadre de la loi, les dispositions « renforçant la protection des mineurs contre les violences sexuelles » prévoient, une correctionnalisation plus sévère des atteintes sexuelles des personnes majeures sur les mineurs de moins de 15 ans et, dans l'hypothèse où les éléments constitutifs du viol ne sont pas caractérisés, afin d'éviter toute forme d'acquittement, le juge doit se poser « la question subsidiaire » du délit d'atteinte sexuelle.

« S'il résulte des débats que le fait comporte une qualification légale autre que celle donnée par la décision de mise en accusation, le président pose une ou plusieurs questions subsidiaires. Lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime, le président pose la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violences ou d'une contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats³⁹. »

Quand bien même, la loi ainsi adoptée souhaite protéger au mieux les mineurs en rendant moins difficile la démonstration de « l'absence de consentement » en définissant ce qu'est une « contrainte », la disqualification juridique du viol en atteinte sexuelle est toujours d'actualité conduisant à une forme de culpabilisation de la victime.

**Les dénis de réalité
(par la justice)
sont extrêmement
traumatisants
pour les victimes
de viol.**



Ainsi, un mineur de 15 ans ayant subi une pénétration à laquelle il n'a pas consenti, mais auquel les juges refusent la qualification de viol en raison du manque de preuve sur la présence de l'élément d'absence de consentement (violence, contrainte, menace ou surprise), peut envisager la définition du délit d'atteinte sexuelle. Or, comme démontré précédemment, cela revient à dire à la victime qu'elle a d'une certaine façon participé à ce qui lui est arrivé.

Les dénis de réalité (par la justice) sont extrêmement traumatisants pour les victimes de viol.

Conclusion

Dans la récente loi sur les violences sexistes et sexuelles, il n'existe aucune disposition pénale qui permet de sanctionner un acte sexuel commis sans violence, contrainte, menace ou surprise, et les infractions

39. Article 351 du Code de procédure pénale.

commises entre mineurs ne sont pas évoquées⁴⁰. En France, le législateur ne s'est pas non plus posé la question des écarts d'âge entre les mineurs comme cela se fait dans d'autres législations européennes⁴¹. Tout cela résulte d'une libre appréciation par les magistrats et les juges du fond⁴².

L'adoption de la loi du 3 août 2018 n'a finalement pas renforcé la protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles. Il n'y a donc pas lieu de signifier que cette réforme est une avancée en matière de protection des victimes de violences sexuelles dans la consécration d'une présomption d'absence de non-consentement.

Cette loi ne révolutionne pas non plus la protection des mineurs, elle ne fait que désigner des éléments supplémentaires sur lesquels la juridiction peut se fonder pour apprécier si les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte ou surprise.

40. L'ancien attentat à la pudeur sans violence incriminait sans condition d'âge tout auteur (mineur ou majeur). En revanche, la nouvelle incrimination d'atteinte sexuelle sur mineur sans violence, contrainte, menace ou surprise, qui l'a remplacée dans le nouveau Code pénal de 1994, ne concerne que les auteurs majeurs. Le législateur est resté silencieux dans cet article 227-25 sur les auteurs mineurs. Ce « silence de l'article 227-25 du code pénal » introduit l'idée que « les mineurs ne peuvent être réprimés du fait de relations sexuelles entre eux ».

41. Voir *Les abus sexuels sur les mineurs*, travaux parlementaires du Sénat : https://www.senat.fr/lc/lc21/lc21_mono.html#toc0 ; Étude de législation comparée n° 133, mars 2004 « Les infractions sexuelles commises sur les mineurs » <https://www.senat.fr/lc/lc133/lc1330.html>. L'Angleterre ou le Pays de Galles ont considéré qu'il y a une présomption d'abus sur les mineurs de moins de 16 ans et un mineur de 16 ans est réputé « consentant » seulement s'il a une différence d'âge d'un maximum de 5 ans avec l'abuseur. En Suisse, pour que les actes sexuels sans contrainte ou violence soient punis, l'écart d'âge entre les mineurs doit être de plus de trois ans (et de plus de deux ans en Autriche).

42. La nouvelle base légale donnée à la contrainte morale ne retient les écarts d'âge que s'il y a un rapport d'autorité avec le mineur victime.