

**LA CONTRAINTE MORALE
DANS LA DÉFINITION LÉGALE DU VIOL**

**Mémoire présenté par
Cécile Pudebat**

*Réalisé sous la direction de
Madame Ernestine Ronai et Monsieur Edouard Durand*

D.U. « Violences faites aux femmes »
Responsable pédagogique : Monsieur le Professeur Alexandre Lunel
Année Universitaire 2019/2020

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 - LE VIOL, UN CRIME DIFFICILE À DÉMONTRER	5
Section 1 : La définition du viol dans le Code pénal	5
Section 2 : L'élément de la contrainte morale dans la définition du viol	14
PARTIE 2 - RÉFLEXIONS POUR UNE MEILLEURE PRISE EN COMPTE DE LA CONTRAINTE MORALE	19
Section 1 : Placer l'agresseur au centre de l'infraction de viol	19
Section 2 : Redéfinir la contrainte morale dans le Code pénal	28
Section 3 : La présomption de contrainte morale pour les victimes mineures	34
CONCLUSION	55

INTRODUCTION

Si les mots avaient encore un sens, un viol serait « 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 surprise¹. » Or, pareil à la désémantisation, les concepts juridiques n'ont plus de sens. Ce crime qu'est le viol est bien souvent, et sans trop de difficulté, correctionnalisé.

Ainsi, cette pratique ahurissante de la correctionnalisation vient signer ce constat et cet état de fait : les affaires sont érigées en piles de dossiers qu'il faut absolument « déstocker ». Et pour aller plus vite, plus fort, à moindres coûts, on dénature le sens et le droit.

Un viol pourra ainsi être requalifié en agression ou atteinte sexuelle, en fin d'information judiciaire et avec l'accord de la victime partie civile, convaincue par un juge ou son avocat, qu'il y a un « risque d'acquiescement », que le dossier « ne tiendrait pas aux assises ».

10 % seulement des femmes victimes de viol décident de porter plainte. Et à l'issue d'un processus judiciaire particulièrement long, souvent humiliant et éprouvant, pour ces victimes parfois brisées mais toujours pleines de courage, certaines d'entre elles se voient proposer ce chantage à la vérité et contraintes d'accepter de tordre le cou aux faits et au droit. Accepter une requalification ou risquer un acquiescement aux assises. Ont-elles vraiment le choix devant les chiffres accablants ? Car la réalité fait froid dans le dos : sur ces 10% de plaintes, seulement 1% aboutissent à une condamnation.²

Une sorte de roulette russe judiciaire en somme, qui interroge quant à la définition actuelle du viol : est-elle suffisante ? Est-elle juste ? A-t-elle encore un sens ?

Il semblerait que cette infraction soit en réalité très mal connue de l'opinion publique qui voit dans les viols des Guy Georges, des Émile Louis et des Michel Fourniret, dans les ruelles sombres, un couteau à la main ou une camionnette garée pas très loin. Pourtant, la plupart des viols sont commis par des proches des victimes, souvent dans le même cercle familial ou amical.

¹ C. pén., art. 222-23.

² Chiffres communiqués par la Dre Muriel Salmona lors du cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

L'affaire Weinstein en 2017 a permis de libérer la parole³ et a révélé une face sombre de notre société, puisque derrière le succès et la gloire des actrices hollywoodiennes, se cachait des dizaines de viols commis dans le huis clos d'une chambre d'hôtel.

En France, des procès très médiatisés ont mis en lumière la faiblesse de la qualification de viol, conduisant à transformer ce crime en une atteinte sexuelle, au prétexte que la victime de 11 ans avait consenti. Avec toujours la même idée en tête : mieux vaut une condamnation correctionnelle qu'un acquittement criminel. En définitive, l'institution judiciaire en est arrivée à préférer vouloir sécuriser une réponse pénale biaisée, plutôt que de contribuer réellement « à la manifestation de la vérité ».

En outre, le débat relatif au consentement paraît éculé, alors que des mécanismes plus complexes, plus insidieux, surgissent à l'occasion de la libération de la parole des victimes de violences sexuelles. On découvre les viols commis par des entraîneurs sur leurs sportives, par des auteurs sur leurs sujets d'écritures retrouvés à la sortie des classes, par des photographes figeant les sourires tristes de jeunes filles nubiles et dénudées.

Ces viols complexes, à l'opposé des « vrais viols » de l'imaginaire collectif, ceux de l'inconnu armé dans la rue, imposent que les quatre critères fixés par la loi soient pleinement définis et exploités. Ainsi, la contrainte, et plus spécifiquement la contrainte morale, prend alors toute sa place dans cette réflexion et devient ce critère clé prévu par la loi, qu'il convient de mettre en avant et d'enrichir.

Cette perspective est désormais possible grâce aux avancées scientifiques, notamment dans le domaine des psychotraumatismes relatifs à cette question des violences sexuelles.

Si la pratique actuelle des informations judiciaires en matière de viol intègre déjà la notion de contrainte morale, il conviendra néanmoins de constater les limites de la réponse pénale et de proposer de nouvelles méthodes pour mieux prendre en compte ce procédé aujourd'hui « invisible ».

Ces propositions et suggestions seront guidées par la doctrine qui consiste à replacer l'agresseur au centre de l'infraction après avoir percé à jour sa stratégie. En effet, aujourd'hui, et encore trop souvent, la victime

³ Notamment avec le mouvement #metoo qui a suivi l'affaire Weinstein et grâce auquel le nombre de plaintes pour violences sexuelles a augmenté de 23% (Edouard Durand et Ernestine Ronai, cours « *Données épidémiologiques* » en date du 20 avril 2019).

subit l'analyse de son comportement, de sa réaction, de ce qu'elle aurait dû faire ou dire, faisant fi des mécanismes de sidération et de dissociation traumatique.

Ce questionnement diffus, parfois inconscient, faisant porter sur la victime la responsabilité de l'infraction et intervenant à différents stades du processus judiciaire, de la plainte au commissariat, jusqu'à la déposition devant les jurés de Cour d'assises, interroge lui aussi. Une suspicion plane sur la parole de la victime, offrant à l'agresseur la possibilité d'être cru lorsqu'il dira que jamais il n'a contraint, violenté, menacé ou surpris cette femme qui d'ailleurs était consentante.

De nombreux auteurs évoquent la question de la « culture du viol⁴ », sujet hautement polémique qui trouve ici sa résonance dans un questionnement inacceptable mais hélas latent : les femmes victimes de violences sexuelles sont-elles des victimes consentantes ?

Cette question qui choque pose en réalité la problématique de la contrainte morale.

Certaines victimes mineures, qui ne souhaitent pas se constituer partie civile, voient leurs parents représentants légaux le faire à leur place. De nombreuses victimes majeures, qui n'envisagent même pas l'idée de porter plainte, piégées dans l'emprise de leur bourreau, dissociées, ne ressentent plus rien et la situation leur échappe, trop irréaliste. D'autres se considèrent même comme responsables de leur propre préjudice et ne sollicitent pas l'assistance des institutions judiciaires, minimisant leur situation, la déclarant impropre à une plainte. Et puis à quoi bon ? Seront-elles seulement écoutées ?

Des situations inacceptables qui contribuent à la perte de sens de l'infraction de viol.

Pourtant la solution est là, sous nos yeux, elle nous est proposée par le Code pénal. Il suffit juste de savoir la rendre tangible : la contrainte morale, aujourd'hui « invisible » aux yeux de tous, même parfois ceux de la victime, doit devenir un élément incontournable de l'infraction de viol. Cette contrainte morale,

⁴ La culture du viol a été définie en 1994 par Lonsway et Fitzgerald comme étant des « attitudes et croyances généralement fausses mais répandues et persistantes, permettant de nier et de justifier l'agression sexuelle masculine contre les femmes. » On peut regrouper en trois catégories ces « mythes sur le viol » : « (1) 'Il ne s'est rien produit' : [...] l'idée que les femmes accusent souvent les hommes à tort de viol ; (2) 'Elle était en fait consentante, elle l'a voulu ou elle a aimé ça' [...]. Ce sont les mythes [...] qui prétendent qu'une femme qui dit 'non' pense 'oui' ; que la violence est sexuellement excitante pour les femmes [...]. (3) 'Elle l'a bien mérité, elle est responsable de ce qui s'est passé' : ce sont les mythes comme 'Elle était habillée de manière trop sexy' ou 'Elle marchait seule la nuit' et c'est elle qui a provoqué la violence [...]. » [M. Salmona, « Pour en finir avec le déni et la culture du viol en 12 points », janvier 2016, p.2 (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org – consulté le 8 juin 2020)].

certes plus difficile à remarquer qu'un hématome en pleine figure ou des vêtements déchirés, est pourtant bien réelle.

En effet, dans la riche palette des rapports humains, le déséquilibre entre deux êtres est possible : l'un qui domine, l'autre qui est dominé. Situation d'autorité, de hiérarchie, dépendance affective ou économique, jeunesse, vulnérabilité, faille ou fêlure de tout ordre, sont autant de brèches, d'interstices, dans lesquelles s'engouffre l'agresseur qui a choisi sa victime. La contrainte morale prend alors tout son sens. Restituer cette simple réalité à l'attention du peuple qui n'est pas censé ignorer la loi, et la rappeler aux institutions judiciaires qui doivent l'appliquer, fait partie des impératifs de notre société. Car une société incapable d'appréhender la contrainte morale, abandonne *de facto* les victimes de violences sexuelles, dont de nombreux enfants, à leur sort.

Il s'agit là d'une question d'ordre public et plus spécifiquement lorsqu'il est question de protéger l'enfance de lourds traumatismes et séquelles. Le législateur s'en est rendu compte, et a tenté d'y remédier, sans pourtant y parvenir, ce qui témoigne d'une forme d'impuissance sur le sujet particulièrement inquiétante.

Aussi, et au-delà d'un stock de dossiers à faire diminuer, au-delà des compromis avec la vérité à des fins d'optimisation judiciaire, l'objectif de ce mémoire est surtout de rétablir sa pleine vigueur et effectivité à l'infraction de viol pour limiter l'impunité des auteurs. Revenir sur les critères constitutifs du viol et tenter de renforcer la définition de la contrainte morale constituent l'enjeu majeur de la présente étude.

Ainsi, afin de redonner du sens à la définition juridique du viol, il sera soutenu dans ce mémoire l'importance du concept de contrainte morale, notion clé présente dans la majorité des viols. Pour se faire, il conviendra dans un premier temps de revenir sur les limites de la définition légale de l'infraction de viol, et plus particulièrement de l'élément de la contrainte morale, qui rendent aujourd'hui ce crime difficile à démontrer (Partie I). Puis, nous proposerons une réflexion sur la manière dont la contrainte morale pourra être révélée et redéfinie, pour les victimes majeures et mineures, afin qu'elle soit mieux prise en compte dans les dossiers de viol (Partie II), et n'apparaisse plus aux yeux de tous comme ce concept invisible et insaisissable.

PARTIE 1 - LE VIOL, UN CRIME DIFFICILE À DÉMONTRER

La définition légale actuelle du viol (Section 1) paraît inachevée, dès lors qu'elle échoue en pratique à appréhender les enjeux et les réalités des violences sexuelles. Il conviendra notamment de revenir sur l'élément de contrainte morale (Section 2), notion particulièrement complexe qui devrait être clarifiée afin d'améliorer la définition légale du viol et offrir ainsi une meilleure protection aux victimes de violences sexuelles.

Section 1 : La définition du viol dans le Code pénal

Aujourd'hui, le crime de viol est défini à l'article 222-23 du Code pénal comme « 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. »

La définition légale du viol ne fait donc pas référence au consentement de la victime. En effet, pour que l'infraction de viol soit constituée, il est nécessaire que l'agresseur ait recours à l'un des quatre procédés limitativement énumérés par l'article 222-23 du Code pénal, à savoir : (i) la violence, (ii) la contrainte, (iii) la menace ou (iv) la surprise. En conséquence, « le droit pénal français considère que, dès lors qu'une relation sexuelle est obtenue par l'un [de ces quatre] moyens coercitifs, [...] la victime n'a pas accepté librement cet acte et l'infraction pénale se trouve alors constituée⁵. » C'est donc le recours à l'un de ces quatre procédés qui est révélateur à la fois de l'intention de l'auteur et de l'absence de consentement de la victime à l'acte sexuel, et un juge ne peut pas arriver à la conclusion d'une absence de consentement par un autre biais que ces quatre procédés limitativement prévus par la loi.

Ainsi, le viol est une infraction qui se définit seulement au regard du comportement adopté par l'auteur lors de l'agression. Pourtant, en pratique, il s'avère que cette définition du viol est particulièrement limitative et sujette à interprétation (I), mais également plus propice au mythe du « violeur inconnu et armé dans la rue » (II). Par ailleurs, si en théorie le législateur place l'agresseur au centre de l'infraction, en pratique, la notion de consentement de la victime est au cœur de l'incrimination de viol (III).

⁵ Commentaires soumis par la France sur le rapport final du GREVIO sur la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Rapport de référence), 19 novembre 2019, p.12.

I. Une définition du viol limitative et sujette à interprétation

Le Code pénal ne définit pas les notions de « violence, contrainte, menace ou surprise » pour la caractérisation de l'infraction de viol, à l'exception de la contrainte morale qui, très récemment, a fait l'objet d'une vaine tentative de définition, insatisfaisante et incomplète, pour les seules victimes mineures.

En conséquence, si certains d'entre eux, comme par exemple, l'usage de la violence ou la contrainte physique, ne soulèvent pas de difficulté particulière pour qualifier l'infraction de viol, d'autres, comme la violence psychologique ou la contrainte morale, vont faire l'objet de l'appréciation souveraine des juges et des jurés en Cour d'assises. Or, les interprétations s'avèrent fluctuantes en fonction des juridictions, « ce qui crée une insécurité juridique et un traitement différencié des affaires de viol et d'agressions sexuelles sur le territoire, entraînant ainsi un accès inégal des victimes à leurs droits⁶ » et souvent restrictives, entraînant ainsi une large impunité des agresseurs et des décisions particulièrement choquantes comme celles de Pontoise ou de Meaux en 2017⁷. En effet, pour pouvoir retenir l'infraction de viol, les magistrats doivent explicitement caractériser au moins un des quatre éléments limitativement énumérés par le Code pénal et la Cour de cassation censure les décisions qui ne précisent pas « en quoi les atteintes sexuelles dénoncées auraient été commises avec menace, violence, contrainte ou surprise⁸. »

Par ailleurs, cette définition actuelle du viol, du fait d'être à la fois limitative et imprécise, ne permet pas de tenir compte de toutes les situations où les victimes n'étaient pas en mesure d'être consentantes, notamment dans le cas des victimes sous emprise ou en état de sidération⁹. Les mêmes limites sont observées en ce qui concerne les victimes mineures pour lesquelles l'auteur n'a pas eu à user de « violence, contrainte, menace ou surprise » pour obtenir un acte sexuel¹⁰. De plus, les conditions de « violence, contrainte, menace ou surprise » sont également trop subjectives, puisqu'elles laissent place à l'interprétation et menacent donc les victimes d'une requalification correctionnelle des faits au titre de la pratique judiciaire de « correctionnalisation » si ce n'est pas un non-lieu prononcé en fin d'instruction.

⁶ HCE, *Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles*, 5 oct. 2016, p.27.

⁷ Un homme de 30 ans a été acquitté en 2017 par la Cour d'assises de Meaux, alors qu'il était jugé pour le viol d'une enfant de 11 ans. La même année, le parquet de Pontoise avait décidé de poursuivre pour atteinte sexuelle (et non pour viol) un homme de 28 ans qui avait eu une relation sexuelle avec une fillette de 11 ans.

⁸ Cass. crim., 17 mars 1999, Bull.crim. n°49.

⁹ Voir *infra* p.48.

¹⁰ Voir *infra* p.21.

Cette marge d'interprétation est particulièrement notable concernant l'infraction criminelle de viol, entraînant ainsi de nombreuses incertitudes, ce qui est problématique au regard de la prévisibilité de la loi pénale. Il est donc absolument nécessaire de repenser la définition du crime de viol.

II. Une définition plus propice au mythe du « violeur inconnu et armé dans la rue »

Le mythe du violeur de rue est très ancré dans la société française de telle sorte que le viol reste cette infraction honnie de toutes les sphères sociales y compris dans le monde carcéral où les prisonniers sanctionnent eux-mêmes « les pointeurs », placés tout en bas dans la hiérarchie des détenus¹¹. Ce rejet unanime d'une telle infraction est principalement dû à la façon dont est représenté, dans l'imaginaire collectif, le « vrai viol » (par opposition au « miol », néologisme policier marquant la suspicion de mensonge de la victime¹²), à savoir : une « ombre de la rue », armée d'un couteau, attaquant arbitrairement une femme, la nuit, dans une ruelle sombre, afin de lui imposer une pénétration sexuelle.

Or ce mythe est bien loin de la réalité. En effet, lorsque la victime est majeure, les viols sont en majorité perpétrés par une figure familière (77% des cas)¹³ : un membre de leur famille, un proche, ou encore un conjoint ou ex-conjoint dans près de la moitié des cas (47%)¹⁴. Ainsi, seuls 18% des viols perpétrés sur une victime majeure sont le fait d'un agresseur inconnu¹⁵. Par ailleurs, les violences sexuelles perpétrées sur des victimes mineures sont rarement le fait de pédocriminels inconnus de la victime (voir *infra* Annexe 1 à ce sujet). En effet, dans 94% des cas, les agresseurs sont des proches, et même des membres de la famille de la victime dans plus de la moitié des cas (52%)¹⁶.

Ainsi, que la victime soit mineure ou majeure, on remarque que les viols sont en grande majorité perpétrés par un agresseur proche de cette dernière, « avec laquelle il entretient souvent des relations de confiance, de pouvoir ou d'emprise qui rendent inutile le recours effectif à la « violence, contrainte, menace, ou surprise¹⁷. »

¹¹ « Il y a une hiérarchie entre les prisonniers : tout en haut, les tueurs de policiers, gendarmes. Ensuite, les braqueurs. Et à la fin, ceux qui sont rentrés pour un viol et, encore pire, un viol sur mineur. On les appelle les 'pointeurs.' Ces derniers sont la pire espèce. » Observatoire International des Prisons, « Le code des détenus », sept. 2018 (<https://oip.org/temoignage/le-code-des-detenus/> - consulté le 8 juin 2020).

¹² L'EXPRESS.fr, « Quand elle hésite entre rapport consenti et viol, la police parle de 'miol' », 10 janv. 2016 (consulté le 8 juin 2020 - https://www.lexpress.fr/actualite/societe/fait-divers/quand-elle-hesite-entre-rapport-consenti-et-viol-la-police-parle-de-miol_1752160.html).

¹³ Association Mémoire Traumatique et Victimologie, « Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte (Synthèse du rapport) », Mars 2015, p.9 (publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020).

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p.8.

¹⁷ C. Le Magueresse, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », Archives de politique criminelle 2012/1 (n°34), Editions A. Pédone, p. 229.

Pourtant, pendant des siècles, afin que l'infraction de viol soit caractérisée, il fallait que les victimes prouvent qu'elles avaient opposé une résistance suffisante à leur agresseur : « plutôt mourir que céder¹⁸ », telle était l'injonction d'une morale¹⁹ qui était imposée aux « femmes honnêtes ». Ainsi, et en guise d'exemple²⁰, au XVIIIème siècle, l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert définissait le viol comme « le crime que commet celui qui use de force & de violence sur la personne d'une fille, femme ou veuve, pour la connoître charnellement, malgré la résistance forte & persévérante que celle-ci fait pour s'en défendre²¹. » Par ailleurs, l'Encyclopédie indiquait que pour caractériser le viol, il fallait notamment « que la résistance [de la victime] ait été persévérante jusqu'à la fin²². »

En outre, pour que l'accusation de viol soit retenue, la Doctrine du XVIIIème siècle avait notamment affirmé qu'il fallait, en matière de preuve, établir les faits suivants :

- une résistance constante et toujours égale de la part de la prétendue victime ;
- une inégalité évidente de ses forces comparées avec celle de l'accusé ;
- que la prétendue victime ait poussé des cris ;
- qu'il soit resté sur la prétendue victime des traces de violence²³.

En effet « tout silence [compromettait] la preuve, jusqu'à exclure l'idée même de viol. La victime [devait] montrer qu'elle [avait] de bout en bout, physiquement résisté²⁴. »

Aujourd'hui encore, le mythe du « violeur inconnu et armé dans la rue » persiste : la « vraie victime » doit porter sur elle, bien visibles, les traces des coups de son agresseur et avoir tenté jusqu'au bout de résister à ses assauts. D'ailleurs, la majorité des condamnations correspondent à des viols commis avec violence physique, alors que bien souvent « les viols ne sont assortis d'aucune violence physique et c'est la menace, la surprise ou, plus largement une contrainte morale que l'auteur a exercée²⁵. »

¹⁸ V. Le Goaziou, *Viol, que fait la justice ?* Académique, Presses de Sciences Po, 2019, p.99.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ Cet exemple de l'Encyclopédie de Diderot et d'Alembert a été donné lors du cours de E. Durand et E. Ronai « *Introduction générale : historique des violences sexuelles, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* » en date du 30 mars 2019.

²¹ D. Diderot et J. d'Alembert, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1751-1772, Volume XVII, p.310.

²² *Ibidem*.

²³ M. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Chez Merigot le jeune, 1780, p.242, cité par M-L Rassat, *Aggressions sexuelles, Viol, Autres agressions sexuelles, Harcèlement sexuel*, JurisClasser Pénal Code, Lexis 360, Fasc. 20, 3 déc. 2018, §10.

²⁴ G. Vigarello, *Histoire du viol, XVIème- XXème siècles*, Paris, Seuil, 1998, p.51.

²⁵ V. Le Goaziou, *Viol, que fait la justice ?* Académique, Presses de Sciences Po, 2019, p.96.

Ainsi, la définition actuelle du viol, taiseuse sur la question de la violence psychologique et incomplète sur la contrainte morale, conduit à aller au plus évident : l'hématome, les lésions ou l'ecchymose au milieu de la figure pour caractériser une infraction qui doit « sauter aux yeux » des jurés pour être réprimée, perpétuant le faux mythe du « violeur inconnu et armé dans la rue ».

III. En pratique, la notion de consentement au cœur de l'incrimination de viol

Le législateur français ne fait volontairement pas mention du terme de consentement afin de mettre l'accent sur le comportement de l'auteur pour contraindre la victime à l'acte sexuel. Cependant, si en théorie le Code pénal place l'auteur au centre de l'infraction de viol, en pratique, la notion de consentement de la victime est un élément clé du viol constamment recherché par les enquêteurs. Par ailleurs, nombreux sont ceux qui souhaitent intégrer la notion de défaut de consentement dans la définition légale de l'infraction de viol.

a. Le consentement, pierre angulaire des dossiers d'instruction de viol

Historiquement, l'infraction de viol avait été définie pour la première fois par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt du 25 juin 1857 de la manière suivante : « Le crime de viol consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action²⁶. » Cette jurisprudence plaçait donc le défaut de consentement de la victime au centre de la définition de l'infraction de viol.

Plus d'un siècle plus tard, la loi du 23 décembre 1980²⁷ a fourni pour la première fois une définition légale du viol²⁸. Or, lors des débats parlementaires, il avait été spécifiquement précisé que « l'essentiel dans le crime de viol résid[ait] moins dans la réalité de l'acte sexuel que dans le viol du consentement de la victime²⁹ », ce qui était conforme à la position retenue par la chambre criminelle de la Cour de cassation en 1857.

²⁶ Cass. crim., 25 juin 1857, Bull n° 240.

²⁷ Loi n°80-1031 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, JO du 24 décembre 1980.

²⁸ L'article 332 du Code pénal issu de la loi n°80-1031 du 23 décembre 1980 stipulait qu'un viol était défini comme « tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise. »

²⁹ Intervention d'Harcourt, Joan, 11 avril 1980, p.327 cité par A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, §20.

En outre, encore de nos jours, dans les informations judiciaires ouvertes sur la qualification de viol, la notion de consentement est presque toujours mise en jeu, ce qui va inévitablement brouiller les pistes. En effet, en s'attardant sur le consentement de la victime, on ne va plus analyser le comportement de l'auteur, mais bien celui de la victime, qui va de ce fait souvent être mise en cause. Il en résulte inévitablement que la responsabilité de l'agresseur est bien trop souvent niée ou relativisée si la femme victime n'a pas adopté le comportement que l'on attendait d'elle pour démontrer son absence de consentement.

Ainsi, dans notre société de « culture du viol » qui met le plus souvent en cause la victime et non l'agresseur (et *a fortiori* en l'absence de preuve de réelles violences physiques telles que des lésions, hématomes ou ecchymoses sur le corps de la victime), le comportement de la victime, sa tenue vestimentaire, son passé, ses liens avec l'agresseur, etc., seront analysés au peigne fin et celle-ci sera inévitablement mise en cause et sa parole décrédibilisée pour finalement démontrer qu'elle était consentante. On pourra notamment juger que l'agresseur a pu se méprendre sur le consentement de la victime si cette dernière n'a pas crié ou ne s'est pas débattue lors de l'agression, si elle portait une tenue jugée provocatrice, si elle avait un style de vie jugé « dissolu » ou s'affichait régulièrement sur les réseaux sociaux en « petite tenue », si elle s'était rendue seule au domicile de l'agresseur, si elle entretenait avec lui des liens étroits avant l'agression, si elle a tardé à porter plainte ou si elle était en état de soumission chimique. Parfois même, on n'hésitera pas à considérer la victime comme responsable de son agression, quand elle ne sera pas accusée de mentir.

Par conséquent, « la justice n'échappe pas au déni ni à la culture du viol qui met en cause les victimes³⁰. » A ce titre, on remarque en pratique que les mis en examen affirment souvent s'être trompés sur la volonté de la victime, pensant que cette dernière était consentante. En effet, le viol est un crime et suppose donc notamment la démonstration de l'intention criminelle de l'auteur (à savoir, la conscience d'imposer un acte de pénétration sexuelle à une autre personne qui n'y consent pas). Or, si l'auteur des faits démontre qu'il pensait que sa victime était consentante, l'intention criminelle n'est pas établie et la qualification de viol ne peut donc pas être retenue.

En outre, le bon sens populaire en matière de consentement est particulièrement trompeur. En effet, ne dit-on pas : « qui ne dit mot, consent » ? Les civilistes iront plus loin et diront qu'en matière contractuelle,

³⁰ M. Salmona, « Manifeste contre l'impunité des crimes sexuels », 20 oct. 2017, p.8 (publié sur le site internet : www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020).

« le silence vaut acceptation ». Toutes ces maximes, populaires ou juridiques, finissent par mettre la notion de consentement face à une « impasse logique » qui ne correspond ni au texte de la loi, ni à la réalité des victimes.

Dès lors, tenter de chercher la présence ou non d'un consentement en matière de viol constitue un piège auquel tous ceux qui ne sont pas des « violeurs inconnus et armés dans la rue » peuvent trop souvent échapper. Certains auteurs sont même persuadés de leur innocence dans la mesure où ils n'ont pas eu besoin d'user de violence physique pour obtenir l'acte sexuel. Ce constat, en forme d'auto-aliénation de la part des agresseurs, est ainsi la preuve de cette « impasse logique » véhiculée par le concept de consentement qui ne peut et ne doit pas être au cœur de l'incrimination de viol.

On remarque pourtant aujourd'hui de nombreuses recommandations en ce sens, avec notamment les défenseurs du concept de « consentement positif » dont les sources d'inspiration canadiennes sont souvent citées en exemple et méritent d'être analysées.

b. Le consentement positif, une nouvelle approche contestable en matière de viol

Certains auteurs, comme Catherine Le Magueresse, militent pour que soit inscrite dans le Code pénal la notion de consentement, consentement qui doit être basé sur un accord volontaire et libre. En effet, pour Catherine Le Magueresse, l'absence de consentement de la victime ne peut se déduire de la « violence, contrainte, menace ou surprise » dont l'agresseur a fait preuve puisque « le défaut de consentement ne peut « résulter » que de la personne supposée donner (ou non) son consentement et non du comportement d'un tiers, en l'occurrence de l'auteur des violences sexuelles³¹. »

Certains pays, comme notamment le Canada, ont adopté cette analyse. Plusieurs dispositions du Code criminel canadien traitent de la notion de consentement et notamment l'article 273.1 qui donne une définition du consentement aux fins des infractions d'agression sexuelle. Ainsi :

- L'article 273.1(1) définit le consentement comme l'accord volontaire du plaignant de se livrer à une activité sexuelle.

³¹ C. Le Magueresse, *Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien*, Archives de politique criminelle 2012/1 (n°34), Editions A. Pédone, p. 227.

- Le paragraphe 2 de l'article 273.1 énonce quant à lui des situations spécifiques où le consentement du plaignant ne pourra pas être déduit si :
 - l'accord est manifesté par des paroles ou par le comportement d'un tiers;
 - il est incapable de le former;
 - l'accusé l'incite à l'activité par abus de confiance ou de pouvoir;
 - le plaignant manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à l'activité;
 - après avoir consenti à l'activité, il manifeste, par ses paroles ou son comportement, l'absence d'accord à la poursuite de celle-ci³².

D'autre part, l'article 150.1 du Code criminel canadien prévoit, pour les victimes mineures de moins de 16 ans, que le consentement n'est pas valable s'il existe une situation d'autorité, de confiance ou de dépendance entre l'auteur des faits et la victime³³.

Ainsi pour Catherine Le Magueresse, « le Code criminel canadien a posé la validité de la parole des victimes au cœur de la définition des agressions sexuelles » et le Code pénal français devrait suivre cet exemple et redéfinir l'infraction de viol (et d'agression sexuelle) « en posant une obligation de s'assurer de la participation volontaire et libre de l'autre à une relation sexuelle » et ainsi inclure la notion de consentement dans la définition du viol³⁴.

En outre, la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre les violences à l'égard des femmes et la violence domestique, dite « Convention d'Istanbul », qui a été ratifiée par la France le 4 juillet 2014, prévoit dans son article 36 que les parties à la Convention doivent prendre « les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale, lorsqu'ils sont commis intentionnellement: (a) la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet; (b) les autres actes à caractère sexuel non consentis sur autrui; (c) le fait de contraindre autrui à se livrer à des actes à caractère sexuel non consentis avec un tiers. » A ce titre, l'article 36 paragraphe 2 précise que « le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances

³² Site internet du ministère de la justice du Canada (consulté le 8 juin 2020) : <https://www.justice.gc.ca/fra/jp-cj/victimes-victims/def.html>

³³ Site internet du ministère de la justice du Canada (consulté le 8 juin 2020) : [https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/section-150.1-20141206.html#:~:text=150.1%20\(1\)%20Sous%20r%C3%A9serve%20des,pas%20un%20moyen%20de%C3%A9fense](https://laws-lois.justice.gc.ca/fra/lois/c-46/section-150.1-20141206.html#:~:text=150.1%20(1)%20Sous%20r%C3%A9serve%20des,pas%20un%20moyen%20de%C3%A9fense)

³⁴ C. Le Magueresse, *Sans "oui"... c'est non*, Mediapart, Le blog de Catherine Le Magueresse, 17 novembre 2017 (consulté le 8 juin 2020) : <https://blogs.mediapart.fr/catherine-le-magueresse/blog/171117/sans-oui-c-est-non>.

environnantes³⁵. » Les parties à la Convention sont donc « tenues d’adopter une législation pénale intégrant la notion d’absence de libre consentement aux différents actes sexuels répertoriés³⁶. »

Ainsi, dans son avis en date du 20 novembre 2018, la Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme (« CNCDH ») a recommandé que « la définition juridique des viols et des autres agressions sexuelles soit fondée sur l’atteinte à un consentement libre et non équivoque, conformément aux exigences de la Convention » d’Istanbul³⁷.

Par ailleurs, dans son rapport d’évaluation de référence concernant l’application de la Convention d’Istanbul par la France publié le 19 novembre 2019, le Groupe d’experts sur la lutte contre la violence à l’égard des femmes et la violence domestique (« GREVIO »)³⁸ note que « le libellé retenu par le législateur français met l’accent sur les éléments probatoires permettant de constater l’absence de consentement au détriment de la centralité de l’absence de consentement » et recommande à la France de réfléchir à une nouvelle définition des violences sexuelles dans sa législation « axée sur l’absence d’un consentement libre » afin (i) d’éviter « les interprétations fluctuantes » des notions de « violence, contrainte, menace et surprise » et (ii) permettre de prendre en compte « toutes les victimes non consentantes, notamment lorsque celles-ci sont en état de sidération³⁹. »

Ces approches ne devraient pas, à notre sens, être retenues car s’attarder sur le fait de savoir si le consentement de la victime a pu, d’une manière ou d’une autre, être exprimé, revient à déplacer la problématique sur la victime qui aura une nouvelle fois à porter sur ses épaules le fardeau de la responsabilité de l’infraction.

Le Code pénal français affiche selon nous une meilleure position en maintenant l’auteur au centre de l’infraction. Cependant, il est indéniable que cette position doit être absolument enrichie, notamment par l’ajout de définitions précises quant aux moyens coercitifs utilisés par l’auteur pour imposer l’acte sexuel et plus particulièrement, par une meilleure définition, plus efficace et compréhensible, de la contrainte morale.

³⁵ Article 36 § 2 de la Convention du Conseil de l’Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l’égard des femmes et la violence domestique.

³⁶ Paragraphe 193 du rapport explicatif de la Convention du Conseil de l’Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l’égard des femmes et la violence domestique.

³⁷ CNCDH, *Avis sur la lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux*, 20 nov. 2018, p.23.

³⁸ GREVIO, *Rapport d’évaluation de référence sur les mesures d’ordre législatif et autres donnant effet aux dispositions de la Convention du Conseil de l’Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l’égard des femmes et la violence domestique*, 19 novembre 2019.

³⁹ *Ibidem* §192, p. 61

Section 2 : L'élément de la contrainte morale dans la définition du viol

La contrainte se définit comme une pression physique ou morale exercée sur autrui⁴⁰. A ce titre, l'article 222-22-1 du Code pénal issu de la loi n°2010-121 du 8 février 2010 précise que la contrainte peut être physique ou morale (I). Si la caractérisation de la contrainte physique ne présente pas de difficulté particulière, la contrainte morale quant à elle est une notion beaucoup plus complexe (II).

I. Contrainte physique et contrainte morale

Pour la chambre criminelle de la Cour de Cassation, « une contrainte sur la victime ne peut résulter que d'éléments objectifs et ne peut se déduire des seules appréciations subjectives de la victime⁴¹. » La contrainte doit donc s'apprécier de manière concrète.

La contrainte physique est caractérisée par le fait d'exercer une pression physique sur la victime, par le fait de la maintenir ou de l'entraver, et ce afin d'obliger cette dernière à exécuter un acte sexuel auquel elle ne consent pas. A titre d'exemple, maintenir la tête de la victime pour que celle-ci fasse une fellation à son agresseur constitue une contrainte physique⁴².

Quant à la contrainte morale, le Code pénal n'en propose qu'une définition limitée, puisqu'elle ne concerne que les victimes mineures. Ainsi, l'article 222-22-1 du Code pénal propose la définition suivante de la contrainte morale : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale [...] ou la surprise [...] peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur. 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 la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. » Or, la contrainte morale peut également être exercée sur des victimes majeures, notamment lorsque celles-ci sont sous emprise, en état de sidération ou en état de particulière vulnérabilité (ex, handicap physique ou mental, maladie, etc.).

⁴⁰ A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, §24.

⁴¹ Cass. crim. 21 fév. 2007, n°06-88.735

⁴² Cass. crim, 8 juin 1994, n°94-81.376

Par ailleurs, le Haut Conseil à l'Égalité entre les Femmes et les Hommes (« HCE ») a indiqué dans son avis en date du 5 octobre 2016⁴³ que certaines décisions de justice considéraient que la seule existence de relation d'autorité permettait de caractériser la contrainte. A ce titre, le HCE suggère que les termes « exerce sur la victime » dans le Code pénal soient remplacés par « a sur la victime » afin que « l'état d'autorité constitue à lui seul une contrainte sans que l'exercice de cette autorité soit exigé⁴⁴. »

II. La contrainte morale, une notion complexe

L'appréciation de la contrainte morale n'est pas toujours évidente, du fait notamment de sa proximité avec les notions de violence psychologique et de menace ainsi que de sa définition légale actuelle qui reste très limitée. Par ailleurs, la preuve de la contrainte morale est souvent très difficile à apporter.

a. Proximité de la contrainte morale avec les notions de violence psychologique et de menace

La contrainte morale, la menace et la violence psychologique sont des notions assez proches, et compte tenu de l'absence de définition de ces termes dans le Code pénal, il est parfois difficile de les distinguer.

La violence faisait partie des procédés constitutifs du viol dans la première définition légale de cette infraction instaurée par la loi du 23 décembre 1980⁴⁵. Par ailleurs, depuis la loi du 9 juillet 2010, le droit pénal français sanctionne la violence psychologique (article 222-14-3 du Code pénal)⁴⁶.

La notion de menace n'a, quant à elle, été ajoutée à la définition légale du viol qu'au moment de la réforme du Code pénal de 1994. Toutefois, la jurisprudence l'avait déjà retenue comme un élément constitutif du viol en considérant qu'elle était une forme de contrainte morale externe⁴⁷. A ce titre, « seul le caractère contraignant de la menace peut révéler le défaut de consentement de la victime⁴⁸. » Par ailleurs, la chambre criminelle de la Cour de cassation a plus tard confirmé cette analyse dans un arrêt de 1998 en considérant que « la menace n'[était] qu'une forme de contrainte⁴⁹. »

⁴³ HCE, *Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles*, 5 oct. 2016, p.27 [Crim, 13 fév. 1997 (principal de collègue) ; CA Paris, 3 avril 2001 (prêtre) ; Crim, 22 janv. 1997 et Crim, 27 avril 1993 (employeur) ; Crim, 18 déc. 2002 (examineur du baccalauréat) ; CA Rouen, 11 juin 2008 (psychiatre) ; Crim, 2 mai 2007 (professeur)].

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ La loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 a instauré l'article 332 du Code pénal qui définissait ainsi l'infraction de viol : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise, constitue un viol. »

⁴⁶ C. pén., art. 222-14-3 : « Les violences prévues par les dispositions de la présente section sont réprimées quelle que soit leur nature, y compris s'il s'agit de violences psychologiques. »

⁴⁷ Pradel et Danti-Juan, *Droit pénal spécial*, 4ème édition, 2007-2008, Cujas, n°755 cité par A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, §27.

⁴⁸ A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, §27.

⁴⁹ Cass. crim 14 oct. 1998, n° 97-84.730

Ainsi, non seulement ces termes ne sont pas définis par le Code pénal, mais la jurisprudence entretient parfois la confusion entre toutes ces notions, ce qui rend l'appréciation de la contrainte morale d'autant plus délicate et nuit ainsi à la clarté de l'incrimination de viol.

Par ailleurs, la doctrine considère que la contrainte « n'a qu'une autonomie très réduite puisqu'elle se résout le plus souvent soit en violence (contrainte physique), soit en menace (contrainte morale)⁵⁰. »

Il est regrettable qu'il n'existe pas aujourd'hui dans le Code pénal des définitions claires et précises des procédés (violence (physique et psychologique), contrainte (physique et morale), menace et surprise) constitutifs de l'infraction de viol, pour les victimes mineures, mais également pour les victimes majeures.

b. La contrainte morale, une notion invisible

Avec les lois de 2010⁵¹ et de 2018⁵², le législateur a voulu préciser la définition de la contrainte morale et ce afin de faciliter la caractérisation de l'absence de consentement du mineur victime. Cependant, cette définition reste très limitée, puisqu'elle ne concerne que les victimes mineures. Or, la contrainte morale peut également être exercée sur les victimes majeures et l'absence de consentement peut, là aussi, être très difficile à établir.

En effet, il s'avère particulièrement délicat de prouver des situations de viol ou d'agression sexuelle lorsque la victime connaît très bien son agresseur, notamment lorsqu'elle est en couple avec ce dernier, et est conditionnée dans un état de contrainte morale, de telle sorte qu'elle-même n'a pas toujours conscience au moment des faits d'être contrainte dans l'acte sexuel. Ainsi, dans ce genre de situation, l'agresseur a « préparé le terrain » sur le plan psychique par des violences psychologiques et des menaces répétées : c'est la mise en place de l'emprise, qui est souvent au cœur des violences au sein du couple. Selon Edouard Durand et Ernestine Ronai, cette mise en place de l'emprise⁵³ se déroule ainsi :

⁵⁰ M-L Rassat, *Agressions sexuelles, Viol, Autres agressions sexuelles, Harcèlement sexuel*, JurisClasseur Pénal Code, Lexis 360, Fasc. 20, 3 déc. 2018, §9.

⁵¹ 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, JO n°33 du 9 février 2010.

⁵² Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, JO n°0179 du 5 août 2018.

⁵³ Le processus de mise en place de l'emprise a été expliqué par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « *Introduction générale : historique des violences sexuelles, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* » en date du 30 mars 2019.

- Tout d'abord, l'agresseur va séduire sa victime. Cette séduction n'est pas comparable à une séduction amoureuse, dans laquelle il y a une réciprocité entre les partenaires, mais il s'agit d'une « séduction narcissique, pendant laquelle l'agresseur va tout faire pour fasciner sa victime et ainsi endormir sa pensée. L'agresseur va capter la confiance de sa victime, et en même temps, il va la dévaloriser⁵⁴. » Cela permet ainsi de mettre la victime en situation de dépendance affective, tout en détruisant l'estime qu'elle a d'elle-même.
- Puis, très rapidement, l'agresseur va mettre en place « une véritable entreprise de démolition identitaire » par l'usage de la violence psychologique et verbale et ce afin de conditionner la victime « de façon qu'elle se ressente comme inférieure, incapable, incompétente, inintelligente, coupable, n'ayant aucune valeur, réduite à une chose, pensant n'avoir aucun droit⁵⁵. » La violence psychologique commence immédiatement, elle est présente dès le début de la relation entre l'auteur et la victime, et elle « précède toutes les autres formes de violence⁵⁶. » L'auteur va alors créer une « usure mentale⁵⁷ » chez la victime par des mensonges, des humiliations, vexations et dénigrements répétés, des injures, des cris, des critiques systématiques, du mépris, de l'intimidation, de l'indifférence... mais également par l'isolement de la victime. L'auteur va ainsi détruire la confiance en soi et l'estime de soi de la victime. Il va en outre rejeter la culpabilité sur la victime, qui va croire que tout est sa faute. Par ailleurs, comme cette dernière se trouve dans une situation de dépendance affective, elle va tout tenter pour que l'auteur redevienne comme au tout début, pendant la phase de séduction. Cette violence psychologique est très destructrice pour la victime, car elle l'use, l'empêche de penser, et entraîne chez elle « de très graves atteintes à l'intégrité psychique avec de véritables déstructurations assimilables à des morts psychiques⁵⁸. »

L'auteur peut alors mettre en place une emprise sur la victime, la manipuler, lui imposer ses pensées, ses émotions... la victime n'est plus qu'un pantin « décervelé », prise au piège de son agresseur, et les violences, qui vont progressivement s'intensifier, deviennent sa normalité : violences économiques, violences physiques... mais également violences sexuelles.

⁵⁴ Ces propos ont été tenus par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « *Introduction générale : historique des violences sexuées, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* » en date du 30 mars 2019.

⁵⁵ M. Salmona, *Les violences psychologiques, une arme de domination*, page du site de l'association Mémoire Traumatique et Victimologie (consulté le 8 juin 2020) : <https://www.memoiretraumatique.org/violences/violences-psychologiques.html>

⁵⁶ E. Ronai, E. Durand, *Violences conjugales, le droit d'être protégée*, Dunod, 2017, p. VII.

⁵⁷ Ces propos ont été tenus par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « *Introduction générale : historique des violences sexuées, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* » en date du 30 mars 2019.

⁵⁸ M. Salmona, *Violences psychologiques, un piège pour la victime*, page du site de l'association Mémoire Traumatique et Victimologie (consulté le 8 juin 2020) : <https://www.memoiretraumatique.org/violences/violences-psychologiques.html>

« Les agressions physiques sont introduites par des micro-violences, une série de paroles de disqualification, de petites attaques verbales ou non verbales qui se transforment en harcèlement moral et diminuent leur résistance et les empêchent de réagir. Petit à petit, les femmes vont perdre tout esprit critique et vont “s’habituer.” Progressivement, de certains gestes ou attitudes, dont on n’est pas sûr qu’ils soient violents, on va passer à une violence identifiable, et la femme qui la subit va continuer à considérer tout cela comme normal⁵⁹. »

La violence sexuelle arrive en général très vite⁶⁰ et l’agresseur va pouvoir imposer des relations sexuelles à sa victime, sans même que cette dernière ne réalise vraiment qu’il s’agisse d’un viol, puisqu’elle est conditionnée à accepter l’inacceptable. Selon Edouard Durand, dans un couple où il y a de la violence, « l’agresseur va décider de quand ont lieu les relations sexuelles, de quel type de relation sexuelle, du type de contraception, d’avoir un enfant (ou pas), de recourir à l’IVG (ou pas)⁶¹. »

Si l’emprise est désormais mieux connue par les pouvoirs publics, il est utile de s’interroger sur les mécanismes psychotraumatiques qui permettent à l’agresseur de mettre en place et exercer cette emprise sur la victime. Une véritable réflexion pour une meilleure prise en compte de la contrainte morale s’impose alors afin de compléter la définition actuelle du viol et lutter encore plus efficacement contre les auteurs de violences sexuelles.

⁵⁹ M-F. Hirigoyen, « De la peur à la soumission », 2009/1 n°73 p.25-26.

⁶⁰ E. Ronai, E. Durand, *Violences conjugales, le droit d’être protégée*, Dunod, 2017, p. VII.

⁶¹ Ces propos ont été tenus par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « *Introduction générale : historique des violences sexuelles, mécanismes des violences et stratégie de l’agresseur* » en date du 30 mars 2019.

PARTIE 2 - RÉFLEXIONS POUR UNE MEILLEURE PRISE EN COMPTE DE LA CONTRAINTE MORALE

La contrainte morale apparaît aujourd'hui comme étant un élément constitutif de l'infraction de viol difficilement démontrable, voire invisible, le rendant ainsi quasiment inutile. Pourtant, il s'agit d'un élément fondamental, présent dans la grande majorité des viols, les viols commis à huis clos, par un agresseur connu de la victime, bien loin du mythe du « violeur inconnu et armé dans la rue ». Remettre l'agresseur au centre de l'infraction de viol (Section 1) et redéfinir la contrainte morale dans le Code pénal (Section 2) permettrait une meilleure prise en compte de cet élément, notamment pour les victimes mineures (Section 3), et aiderait ainsi à lutter contre l'impunité d'un grand nombre d'auteurs de violences sexuelles.

Section 1 : Placer l'agresseur au centre de l'infraction de viol

Afin de caractériser l'infraction de viol, il est nécessaire de se focaliser sur la stratégie adoptée par l'agresseur pour contraindre la victime à l'acte sexuel (I), mais également de tenir compte des effets du comportement de l'auteur sur la victime - et notamment les troubles psychotraumatiques que cette dernière pourrait manifester - afin de démontrer les violences subies (II).

I. Exclure le comportement de la victime lors de l'infraction de viol en caractérisant la stratégie de l'agresseur

Comme nous l'avons vu précédemment, dans la grande majorité des cas de violences sexuelles, la victime connaît son agresseur. Ce dernier va en effet prendre le pouvoir sur la victime, la dominer et s'assurer de son impunité. A ce titre, Marie-France Casalis du Collectif féministe contre le viol (CFCV), qui a, depuis 1986, entendu plus de 60 000 récits de viol⁶², a démontré que les agresseurs « avaient toujours recours au même mode opératoire⁶³ ». En effet, ces derniers mettent en place une stratégie de contrainte dont les caractéristiques sont semblables, quelles que soient les formes de violences exercées. Cette « stratégie des agresseurs » peut être résumée ainsi⁶⁴ :

⁶² Propos de M-F. Casalis recueillis dans la presse : F. Baudouin, « Pontivy : 'Les agresseurs sexuels font tous la même chose !' », actu.fr, 4 mars 2020, article publié sur internet à l'adresse suivante (dernière consultation le 8 juin 2020) : https://actu.fr/b_das_retagne/pontivy_56178/pontivy-agresseurs-sexuels-font-tous-meme-chose_31922844.html

⁶³ Propos de M-F. Casalis recueillis dans le dossier sur la stratégie de l'agresseur réalisé par Christine Laouénan (C. Laouénan, « La Stratégie de l'agresseur », Prostitution et Société, n°202, octobre - décembre 2019, p.18).

⁶⁴ Le concept de « la stratégie de l'agresseur » a notamment été expliqué et décrit par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « Données épidémiologiques, violences conjugales et parentalité » en date du 20 avril 2019.

- ❖ 1) **Choisir la victime** : la première chose que fait un agresseur c'est qu'il choisit sa victime selon sa vulnérabilité et en fonction de sa propre histoire à lui. Il va ensuite la mettre en confiance, en la séduisant, en étant gentil et sympathique, mais également en se faisant passer lui-même pour une victime (ex., victime dans l'enfance, victime d'une précédente compagne, etc.).
- ❖ 2) **Isoler la victime** géographiquement, mais également socialement (ex., couper les liens avec la famille, les amis, faire en sorte que la victime arrête de travailler, etc.) pour l'empêcher de trouver de l'aide, mais également pour pouvoir mieux l'instrumentaliser. Ainsi, si la victime n'a plus personne auprès de qui se confier, elle ne verra la réalité que par les critères de son agresseur, sera soumise à sa propagande et ne pourra plus « affronter la réalité avec [ses] propres yeux⁶⁵. »
- ❖ 3) **Dénigrer la victime**, la traiter comme un objet. L'agresseur va dévaloriser la victime, l'humilier, la rabaisser, l'insulter... Cette dernière perdra alors toute estime de soi. Elle n'aura plus confiance en elle et s'en trouvera très fragilisée. Plus la victime sera « cassée », moins elle pourra aller chercher de l'aide, ce qui permettra alors à l'agresseur d'exercer toute sa domination.
- ❖ 4) **Inverser la culpabilité**. L'agresseur va se déresponsabiliser, il va toujours trouver une raison qui explique son passage à la violence et rejeter toute la responsabilité de ses actes sur la victime. « Ce n'est donc pas l'agresseur mais la victime qui se sent coupable ; à elle de prouver ensuite qu'elle n'était pas consentante ou qu'elle n'avait pas provoqué la situation⁶⁶. »
- ❖ 5) **Terroriser la victime**. L'agresseur va instaurer un climat de peur et d'insécurité qui va permettre de soumettre la victime sans avoir à user de la violence physique. « La terreur quotidienne permet d'envahir le territoire psychique de l'autre, de coloniser son esprit jusqu'à la limite du supportable [...]. Encerclée, la victime perd toute autonomie et toute liberté de pensée⁶⁷. »
- ❖ 6) **Assurer son impunité**. L'agresseur va camoufler ses agissements et faire en sorte que la victime n'aille pas porter plainte (ex., « Si tu vas à la police, personne ne te croira et on te prendra les enfants »). Il va également se présenter comme une personne respectable et très sympathique. Il va s'entourer d'alliés, créer un système de solidarité autour de lui et ainsi « verrouiller le secret⁶⁸ ».

⁶⁵ Propos de M-F. Casalis recueillis dans le dossier sur la stratégie de l'agresseur réalisé par Christine Laouénan (C. Laouénan, « La Stratégie de l'agresseur », *Prostitution et Société*, n°202, octobre - décembre 2019, p.19).

⁶⁶ C. Laouénan, « La Stratégie de l'agresseur », *Prostitution et Société*, n°202, octobre - décembre 2019, p.20.

⁶⁷ *Ibidem* p.21.

⁶⁸ E. Ronai, E. Durand, *Violences conjugales, le droit d'être protégée*, Dunod, 2017, p.48.

Cette stratégie permet à l'agresseur de piéger la victime, dans le but de contrôler ses actions et ses sentiments et obtenir d'elle « un comportement ou une action qu'elle n'aurait pas choisis d'elle-même⁶⁹. » La victime est prise au piège et devient alors « la chose, l'objet sexuel de l'agresseur⁷⁰ » sans que ce dernier n'ait à user de la violence physique. C'est le phénomène de l'emprise que nous avons décrit précédemment⁷¹, une sorte d'esclavage de l'esprit qui annihile le discernement de la victime. En conséquence, comme l'indique la Docteure Muriel Salmona, psychiatre spécialisée en psychotraumatologie, « nombre de viols se font sans violence physique autre que le viol lui-même sur des personnes qui ne sont pas en mesure de s'opposer, ni de se défendre⁷². »

Concernant les victimes mineures, le mode opératoire des agresseurs peut s'avérer différent, dans le sens où ces derniers ne vont pas nécessairement avoir à dénigrer, terroriser leur victime ou rejeter la faute sur elle. En effet, la plupart du temps, l'agresseur a une position d'autorité sur l'enfant, du fait de la différence d'âge notamment, et ce dernier lui doit donc obéissance et respect⁷³. L'agresseur va alors se servir du contexte de cette relation d'autorité, où ce dernier apparaît naturellement comme une figure de confiance pour l'enfant, et faire évoluer la situation « vers un nouveau contexte de relation affective » ce qui va lui permettre « de passer à la seconde étape qui est de gagner la coopération de la victime lors des activités sexuelles⁷⁴. » Ainsi, l'agresseur ne va pas avoir à utiliser la contrainte, puisque « la victime est amenée progressivement et sans violence, à avoir une activité sexuelle⁷⁵ » avec lui. Ces stratégies de mise en confiance et d'obtention de la coopération de la victime lors des activités sexuelles sont notamment révélées par les réponses des auteurs de violences sexuelles sur de très jeunes mineurs obtenues au *Modus Operandi Questionnaire (MOQ)*⁷⁶ (voir *infra* Annexe 2 à ce sujet).

Pourtant, comme nous l'avons vu précédemment⁷⁷, la question du comportement de la victime et de son absence de consentement est bien souvent au cœur des débats. Or selon le HCE, « ces stéréotypes s'inscrivent dans la stratégie de l'agresseur qui veut réduire les femmes au silence pour préserver son impunité⁷⁸. »

⁶⁹ C. Laouénan, « La Stratégie de l'agresseur », *Prostitution et Société*, n°202, octobre - décembre 2019, p.18.

⁷⁰ *Ibidem*, p.21.

⁷¹ Voir *supra* p.17 et 18.

⁷² M. Salmona, « Pour en finir avec le déni et la culture du viol en 12 points », janvier 2016, p.2 (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org – consulté le 8 juin 2020).

⁷³ M. Germain, *Essai sur l'influence du pédophile à l'égard du silence des tiers*, Bibliothèques de droit, L'Harmattan, 2018, p.50.

⁷⁴ *Ibidem* p.52-53.

⁷⁵ *Ibidem* p.55.

⁷⁶ *Ibidem* p.52-54. Le Modus Operandi Questionnaire (MOQ) a été élaboré par Kaufman en 1994 pour étudier le mode opératoire utilisé par des auteurs de violences sexuelles sur de jeunes mineurs.

⁷⁷ Voir *supra* p.9 à 11.

⁷⁸ HCE, *Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles*, 5 oct. 2016, p.7

C'est pourquoi il ne faut plus s'attarder sur le comportement et les réactions de la victime pour déterminer ou non son consentement, mais bien analyser le comportement de l'agresseur. Poser la question de savoir si ce dernier a eu recours à des stratégies pour asseoir sa domination et conduire la victime à fournir un service sexuel qu'elle n'était plus en mesure, intellectuellement et/ou émotionnellement, de refuser.

Il est donc impératif aujourd'hui de regarder les faits à la seule lumière du comportement de l'agresseur, en veillant à bien garder en tête la réalité des viols, sans être influencé par les mythes autour du viol, et à ne pas participer à la stratégie de l'agresseur. Et systématiquement, se poser la question, en analysant les faits, si les étapes de la stratégie de l'agresseur sont bien présentes.

En complément de l'analyse des faits à l'aune du comportement de l'agresseur, il est par ailleurs essentiel de prendre en compte les troubles psychotraumatiques de la victime, non pas pour la décrédibiliser et faire peser sur elle la responsabilité de l'agression comme c'est le cas aujourd'hui, mais comme preuve des terribles violences que cette dernière a subies, et ce afin de déjouer la stratégie de l'agresseur.

II. Prendre en compte les troubles psychotraumatiques de la victime pour déjouer la stratégie de l'agresseur

L'origine de l'emprise, telle que décrite précédemment⁷⁹, vient de l'impact traumatique des violences psychologiques répétées, qui vont provoquer chez la victime des troubles neurobiologiques et psychiques, tels que notamment la sidération, la dissociation et la mémoire traumatique⁸⁰. Il est nécessaire de bien comprendre ces troubles chez la victime, puis de les prendre en compte pour déjouer la stratégie de l'agresseur et déconstruire le mythe de la « vraie victime » de viol.

a. Comprendre les mécanismes de sidération et de dissociation traumatique

La sidération traumatique est un phénomène psychique encore très méconnu, y compris par les professionnels de la justice et de la santé, qui touche les victimes de violences, et particulièrement les victimes de violences sexuelles. La Docteure Muriel Salmona a précisément décrit ce mécanisme.

L'état de sidération traumatique est souvent comparé à un « court-circuit » du cerveau, puisqu'il s'agit d'un état de paralysie face à un événement, tellement violent, impensable et inhumain qu'il dépasse

⁷⁹ Voir *supra* p.17-18.

⁸⁰ Ces troubles psychotraumatiques ont été décrits et expliqués par la Dre Muriel Salmona lors du cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

l'entendement et va ainsi entraîner chez la victime une paralysie physique et psychique, l'empêchant de réagir, de parler, de se défendre ou de fuir.

Muriel Salmona explique ce phénomène de sidération par un arrêt de l'activité corticale nécessaire à la survie immédiate de la victime face à une situation de stress telle, qu'elle représente pour elle un risque vital : « Telle une alarme, l'amygdale cérébrale va monter en puissance et faire sécréter de très grande quantité d'hormones de stress : adrénaline et cortisol, et aboutir à un stress dépassé. Ce stress dépassé représente un risque vital cardio-vasculaire et neurologique. Pour l'éviter, comme dans un circuit électrique en survoltage qui risque de faire griller tous les appareils branchés, l'amygdale ne pouvant être éteinte, la seule solution va être de faire disjoncter le circuit émotionnel, pour la déconnecter⁸¹. »

Ce phénomène de sidération a pu notamment être constaté chez les victimes des attentats du Bataclan. Avant l'attaque, les personnes buvaient et dansaient au son de la musique. Puis l'arrivée des terroristes a provoqué chez elles un état de sidération, car la situation était bien trop inhumaine et inimaginable pour que le cerveau puisse la gérer. Beaucoup de victimes, paralysées par la situation, sidérées, n'ont pas pu bouger ni s'enfuir au moment où les terroristes se sont mis à tirer. Ce même phénomène a été observé pour les passagers du train Thalys. Cet exemple est d'ailleurs très frappant, puisque les seules personnes qui ont été capables de réagir et d'intercepter le terroriste, étaient des militaires américains entraînés à des situations de violences extrêmes⁸². Or pour les personnes qui sont victimes d'un viol, c'est exactement le même phénomène de sidération qui se produit. Il a en effet été établi que la très grande majorité des victimes majeures, et 100% des victimes mineures, entrent en état de sidération lorsqu'elles sont victimes d'un viol ou d'une agression sexuelle. Pour les enfants, cela s'explique par le fait que leur cortex cérébral n'est pas totalement performant et leur hippocampe n'est pas assez mature pour gérer la réaction émotionnelle : ils sont donc tous, sans exception, sidérés immédiatement⁸³.

Cette disjonction du cerveau a notamment pour conséquence une anesthésie émotionnelle (appelée « dissociation traumatique ») et une disjonction de la mémoire (appelée « mémoire traumatique »). Ainsi, du fait de l'état de dissociation traumatique, la victime subit une situation d'horreur, mais ne ressent plus rien, elle a le sentiment que la situation est irréelle. Les victimes décrivent ce phénomène comme si elles

⁸¹ M. Salmona, « En quoi connaître l'impact psychotraumatique des viols et des violences sexuelles est-il nécessaire pour mieux lutter contre le déni, la loi du silence et la culture du viol, pour mieux protéger les victimes et pour que leurs droits soient mieux respectés ? », février 2016, p.4, (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org – consulté le 8 juin 2020).

⁸² Les exemples du Bataclan et du Thalys ont été donnés par la Dre Muriel Salmona pour illustrer l'état de sidération lors du cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

⁸³ Ces propos sur la sidération et la dissociation traumatique ont été expliqués par la Dre Muriel Salmona lors du cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

étaient sorties de leur corps et avaient été les spectatrices détachées de leur propre agression. Par ailleurs, à cause du phénomène de mémoire traumatique, la victime va « revivre de façon incontrôlée les violences à l'identique comme une machine à remonter le temps⁸⁴. »

Lorsque l'agresseur est dans l'entourage proche de la victime (comme par exemple dans le cas de violences conjugales), le phénomène de dissociation traumatique va persister chez la victime, car le danger est toujours présent, « la maison est le lieu du danger⁸⁵. » La victime peut donc rester dissociée pendant plusieurs années, voire toute sa vie. Dans ce cas, la victime ne ressent plus d'émotion, elle est « déconnectée d'elle-même » et « dans l'incapacité de penser ce qui se passe et d'y réagir de façon adaptée⁸⁶. »

Ces troubles neurobiologiques « vont générer chez la victime un état de désorganisation psychique⁸⁷. » Notamment, l'état de dissociation traumatique va rendre quasiment impossible toute opposition ou résistance par la victime vis-à-vis des violences qu'elle subit. Tout cela va créer une situation idéale permettant à l'agresseur de mettre en place et d'exercer une emprise (telle que décrite précédemment⁸⁸) totale sur la victime. Il peut alors « lui faire subir en toute tranquillité tous les sévices qu'il veut comme si elle était un pantin [...] lui faire faire et lui faire penser ce qu'il veut, et la formater pour qu'elle se ressente comme coupable⁸⁹. »

Ainsi, à une victime dissociée et sous emprise, il suffira pour l'agresseur de lui dire « mets-toi à genoux et ouvre la bouche », pour que cette dernière s'exécute, de manière automatique, et lui pratique une fellation⁹⁰. Aux yeux des magistrats et des jurés de Cour d'assises, il n'y aura certainement pas eu « violence, contrainte, menace ou surprise », et pourtant, la victime n'est pas consentante. Dans cette situation, la contrainte morale est invisible aux yeux de la loi, irréaliste aux yeux de la victime, mais pourtant elle est présente.

⁸⁴ M. Salmona, « Comprendre et prendre en charge l'impact psychotraumatique des violences conjugales pour mieux protéger les femmes et les enfants qui en sont victimes », 2017, p.7 (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org – consulté le 8 juin 2020).

⁸⁵ Ces propos ont été tenus par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « *Introduction générale : historique des violences sexuelles, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* » en date du 30 mars 2019.

⁸⁶ M. Salmona, « En quoi connaître l'impact psychotraumatique des viols et des violences sexuelles est-il nécessaire pour mieux lutter contre le déni, la loi du silence et la culture du viol, pour mieux protéger les victimes et pour que leurs droits soient mieux respectés ? » février 2016, p.5, (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020).

⁸⁷ M. Salmona, « Comprendre et prendre en charge l'impact psychotraumatique des violences conjugales pour mieux protéger les femmes et les enfants qui en sont victimes », 2017, p.7 (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020)..

⁸⁸ Voir *supra* p.17-18.

⁸⁹ M. Salmona, « En quoi connaître l'impact psychotraumatique des viols et des violences sexuelles est-il nécessaire pour mieux lutter contre le déni, la loi du silence et la culture du viol, pour mieux protéger les victimes et pour que leurs droits soient mieux respectés ? » février 2016, p.5, (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org – consulté le 8 juin 2020).

⁹⁰ Cet exemple a été donné par la Dre Muriel Salmona pour illustrer une situation de viol d'une victime en état de dissociation traumatique et mise sous emprise lors du cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

Et il s'agit bien là d'un viol, un viol comme il en existe des milliers, pratiqué en toute impunité.

b. Déconstruire le mythe de la « vraie victime » de viol

Dans l'imaginaire collectif, une « vraie victime » de viol, est celle qui a eu un comportement « irréprochable » au moment du crime. La « vraie victime » n'était pas sous l'emprise de l'alcool ou de stupéfiants et était habillée d'une manière jugée « convenable ». Elle s'est débattue, a résisté de toutes ses forces aux assauts de son agresseurs. Et bien entendu, juste après le viol, elle est allée tout de suite porter plainte et, si elle connaissait son agresseur, a coupé tout contact avec ce dernier.

Cette vision simpliste est évidemment fausse et fait abstraction de la réalité de la majorité des viols. Encore aujourd'hui, ces clichés ont la vie dure et les réactions psychotraumatiques qui affectent les victimes de violences sexuelles, telles que la sidération, la dissociation traumatique, mais également la mémoire traumatique, sont largement ignorées, voire même utilisées comme des éléments de stratégie de défense contre la victime.

Ainsi, demander à une victime « pourquoi n'avez-vous pas réagi / crié ? » ou encore « pourquoi ne vous êtes-vous pas défendue / enfuie ? » fait partie de ce paradoxe et de cette stratégie judiciaire de rupture faisant le procès de la victime, en s'attardant non plus sur le comportement de l'auteur mais sur celui de la victime, et en ignorant tous les mécanismes psychologiques survenant lors de ces événements particulièrement arbitraires, violents et traumatiques pour la victime, qui rendent impossible ce comportement « irréprochable » qu'on attend d'elle.

D'ailleurs, il n'a jamais été reproché aux victimes du Bataclan ou du Thalys de ne pas avoir réagi face aux attaques des terroristes... cela serait en effet impensable... Alors pourquoi ce reproche est-il fait aux victimes de violences sexuelles qui pourtant sont confrontées aux mêmes troubles psychotraumatiques que les victimes des attentats terroristes ?

De fait, « si les troubles psychotraumatiques étaient pris en compte, la victime ne serait plus jugée, ni remise systématiquement en cause⁹¹ » car ils ne sont finalement que des preuves des importants traumatismes subis par les victimes de viol, à savoir :

- ❖ **La sidération**, qui les empêche de bouger ou de fuir au moment de l'agression.
- ❖ **La dissociation traumatique**, « qui les anesthésie émotionnellement et physiquement », une anesthésie qui pourra être confondue avec de l'indifférence, minimisant ainsi la gravité des violences pour les personnes qui écouteront le récit des victimes. Par ailleurs, en présence d'une victime dissociée, les personnes qui vont l'auditionner ne vont ressentir aucune émotion, puisque « les neurones miroirs qui normalement informent avec précision de l'état émotionnel d'autrui ne renvoient rien⁹² ». Il n'y aura donc aucune empathie ou solidarité vis-à-vis de cette dernière. La Docteure Muriel Salmona donne comme exemple le film *Polisse* réalisé par Maïwenn en 2011 dont l'une des scènes d'audition d'une jeune victime illustre très bien ce phénomène : « des policiers de la brigade des mineurs [...] face à une adolescente de 13-14 ans totalement dissociée par des viols en réunion (des adolescents lui ont imposé des fellations pour qu'elle puisse récupérer son téléphone portable) [...] se moquent d'elle.⁹³ » D'autre part, du fait de la dissociation, la victime n'aura pas de bons repérages spatio-temporels et expérimentera une sorte de trouble de la conscience (avec notamment un sentiment d'irréalité des violences). De fait, lors des auditions, elle ne sera pas précise sur la date, la durée ou les lieux des violences et son récit pourra sembler décousu, ce qui va lui être reproché.
- ❖ **La mémoire traumatique**, qui fait revivre aux victimes les violences qu'elles ont subies de manière totalement incontrôlée. Pour survivre à cette torture, les victimes vont mettre en place des stratégies de survie telles que « des conduites d'évitement et de contrôles pour que la mémoire traumatique ne se déclenche pas », mais également « des conduites dissociantes pour s'anesthésier et ne plus la ressentir [comme] des conduites addictives (drogues, alcool, tabac) et des conduites à risque avec des mises en danger, des violences contre soi ou contre autrui⁹⁴. » Or ces comportements vont souvent être reprochés aux victimes et exploités par la défense pour les mettre en cause et les décrédibiliser, alors même qu'ils devraient être utilisés comme des preuves des violences qu'elles ont subies.

⁹¹ M. Salmona, « En quoi connaître l'impact psychotraumatique des viols et des violences sexuelles est-il nécessaire pour mieux lutter contre le déni, la loi du silence et la culture du viol, pour mieux protéger les victimes et pour que leurs droits soient mieux respectés ? » février 2016, p.11, (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020).

⁹² Ces propos ont été tenus par la Dre Muriel Salmona lors du cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

⁹³ M. Salmona, « En quoi connaître l'impact psychotraumatique des viols et des violences sexuelles est-il nécessaire pour mieux lutter contre le déni, la loi du silence et la culture du viol, pour mieux protéger les victimes et pour que leurs droits soient mieux respectés ? » février 2016, p.11, (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020).

⁹⁴ M. Salmona, « La famille, zone de non-droit », Dossier femmes : violences, inégalités, Hommes & Libertés n°177, mars 2017, p.42.

On observe malheureusement que cette prise en compte de la dimension psychotraumatique intervient de façon inégale dans le cadre des instructions criminelles. En effet, en pratique, des experts-psychologues sont commis par le magistrat instructeur pour répondre à des questions spécifiques qui encadrent nécessairement l'analyse de la victime. Ces questions posées par le magistrat instructeur aux experts psychologues sont généralement les suivantes :

1. Déterminer le niveau intellectuel, le niveau d'information sexuelle, les dispositions de la personnalité dans les registres de l'affectivité, de la sociabilité, et de manière générale, les traits principaux du caractère du sujet.
2. Apprécier la dimension pathologique éventuelle de ces éléments et dire si la victime présente des troubles physiques ou psychiques susceptibles d'influencer son comportement.
3. Indiquer si le sujet présente des tendances à l'affabulation.
4. Apprécier les conséquences des faits sur le psychisme et, éventuellement, sur le déroulement de la vie de la victime (sociale, affective, sexuelle). Apprécier notamment les conséquences d'une éventuelle confrontation avec la ou les personnes mise en examen.
5. Indiquer les mesures de soins, suivi ou de traitement qui pourraient être mise en place utilement.
6. Faire toutes observations utiles à la manifestation de la vérité ou à la connaissance du sujet.

Une telle expertise, conditionnée par des questions aussi limitatives, est nécessairement insuffisante. Les mécanismes neurobiologiques (sidération, dissociation et mémoire traumatique) sont tout simplement ignorés dans ce questionnement-type confié aux experts de telle sorte qu'il est impossible, encore aujourd'hui, d'avoir une radiographie complète de l'état psychologique d'une victime de viol.

Or ces rapports psychologiques des victimes sont très attendus par les avocats de la défense, notamment sur la question de la tendance à l'affabulation qui est analysée en premier. En effet, certains dossiers se résument en un « parole contre parole » où la qualité probatoire des propos de la victime sera scrutée de toutes parts. Il s'agit des dossiers où il n'existe pas de violences constatées, ni de témoignages concordants ou de témoins des faits, des dossiers où la notion de contrainte morale prend toute sa place. Dans cette configuration, une victime présentant une tendance à l'affabulation est quasiment mise hors d'état de poursuivre sa plainte puisque le principal axe de défense consiste généralement à expliquer que la victime avait donné son consentement.

C'est pour cette raison qu'il est nécessaire d'envisager un examen plus approfondi des mécanismes neurobiologiques et des conséquences psychologiques des violences sexuelles afin de maintenir le comportement de l'agresseur au centre des débats et prévenir au maximum la victime des critiques suscitées par des analyses biaisées et incomplètes la concernant.

Ainsi la prise en compte, dès l'instruction, de la stratégie de l'agresseur et des troubles psychotraumatiques de la victime comme preuve des violences subies, mais également une redéfinition de la contrainte morale dans le Code pénal s'imposent pour établir l'infraction de viol tout en cessant de placer le comportement de la victime (et son consentement) au centre des débats.

Section 2 : Redéfinir la contrainte morale dans le Code pénal

La notion de contrainte morale, constitutive de l'infraction de viol, nécessite d'être redéfinie dans le Code pénal. Il est cependant difficile aujourd'hui de définir cette notion par le prisme de l'emprise, qui est une notion psychologique difficilement traduisible juridiquement (I). Cependant, les violences psychologiques et les menaces répétées sont des outils permettant à l'agresseur de mettre en place son emprise sur la victime. Aussi, la contrainte morale pourra notamment être définie comme le résultat de l'exercice de tels procédés coercitifs, plus faciles à appréhender d'un point de vue juridique, et déjà prévus dans la définition légale du viol (II).

I. L'emprise, une notion psychologique difficile à traduire juridiquement

L'emprise est définie par la Docteure Marie-France Hirigoyen, psychiatre, comme « une véritable prise de possession du psychisme de l'autre, qui aboutit à l'aliénation de la victime, dont les capacités de jugement sont altérées au point qu'elle en arrive à accepter l'inacceptable⁹⁵. »

La notion d'emprise est donc un concept psychologique difficile à traduire juridiquement. Elle n'est pas définie dans le Code pénal et est encore largement ignorée par l'institution judiciaire. Plus généralement, et comme indiqué précédemment, les réactions psychotraumatiques des victimes de violences, et particulièrement de violences sexuelles, sont très méconnues et vont donc être retournées contre ces dernières. La parole des victimes sera souvent remise en cause, voire décrédibilisée, et ses

⁹⁵ M. Mercier, *Rapport d'information sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales*, n° 482, 3 juin 2020, p.12.

comportements critiqués, ce qui va, la plupart du temps, aboutir à des correctionnalisations des viols, ou à des acquittements si ces dossiers sont renvoyés aux assises lorsque le filtre des nombreux classements sans suite ou des ordonnances de non-lieu est surmonté.

On peut cependant noter, depuis très récemment, une certaine prise de conscience de ces mécanismes psychologiques, et notamment de l'emprise. En effet, dans un arrêt du 19 juin 2019, la chambre criminelle de la Cour de cassation a reconnu que « les éléments de l'information [judiciaire], et notamment les déclarations des parties, les témoignages, les expertises et les écrits » de l'agresseur démontraient que ce dernier exerçait une emprise psychologique sur les victimes mineures et « que cette emprise était de nature à caractériser la contrainte morale à laquelle [elles] étaient soumises⁹⁶. »

Plus récemment, la Cour d'assises de l'Essonne a, le 13 mars 2020, reconnu un employeur coupable pour des viols exercés pendant 10 ans sur l'une de ses salariées, et a ainsi motivé sa décision : « Il apparaît à la Cour que Mme A.D., [...] en situation de premier emploi, de personnalité fragile, exposée dans un cadre professionnel à un employeur à la fois dominateur, colérique, flatteur et envahissant, s'est trouvée de manière continue, pendant toute la période des faits, en situation d'emprise caractéristique de la contrainte morale⁹⁷. »

Par ailleurs, à la suite du Grenelle contre les violences conjugales, le Premier ministre a déclaré que serait inscrite dans le Code civil et le Code pénal la notion d'emprise. La proposition de loi n°2478 visant à protéger les victimes de violences conjugales, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 29 janvier 2020, a ainsi introduit la notion « d'emprise manifeste », afin de « mieux reconnaître les violences conjugales sous leurs différentes formes qu'elles soient physiques et psychologiques⁹⁸. »

Cependant, l'emprise étant avant tout une notion psychologique, il semble compliqué de définir ce mécanisme pour l'inscrire dans la loi civile et pénale. A ce titre, la proposition de loi n°2478, si elle mentionne l'emprise à plusieurs reprises, ne prend jamais la peine de définir ce terme, qui sera *de facto* soumis à l'appréciation souveraine des magistrats et à la critique des avocats en défense. D'autre part,

⁹⁶ Cass. crim., 19 juin 2019, n°19-82.774

⁹⁷ C. assises, 13 mars 2020 cité par L. Bernard, « Dix années de viols au travail commis en situation de contrainte psychologique condamnés par la Cour d'assises de l'Essonne », site internet de l'Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail (AVFT), 23 mars 2020, <https://www.avft.org/2020/03/23/10ansdeviols-courdassises-evry/> (consulté le 8 juin 2020).

⁹⁸ Proposition de loi n°2478 visant à protéger les victimes de violences conjugales, 3 décembre 2019, Exposé des motifs. La notion d'emprise est prise en considération dans les dispositions relatives à l'exercice de l'autorité parentale et l'interdiction de la médiation en cas de violences conjugales ainsi qu'à la révélation de faits de violences par le médecin à l'autorité judiciaire. Il n'a en revanche pas été fait mention de cette notion d'emprise dans les dispositions relatives aux infractions sexuelles.

l'inscription dans la loi de cette notion, qui est une atteinte à l'intégrité psychique de la victime et ne peut donc être démontrée par des lésions visibles, ne permet pas non plus d'en faciliter la preuve.

En pratique, les atteintes à l'intégrité psychique sont aujourd'hui constatées par le biais d'une Incapacité Totale de Travail (« ITT ») dite psychologique, sans que le moindre protocole objectif soit fixé, ce qui est de nature à rendre la caractérisation de l'emprise difficile à établir. En effet, il est fréquent d'observer dans des dossiers criminels où aucune ITT dite physique n'est constatée, que des quantum importants mais souvent arbitraires d'ITT psychologique sont établis.

La question de la méthode du constat des violences psychologiques et des mécanismes psychotraumatiques est donc à bâtir, entre les acteurs judiciaires et les spécialistes des psychotraumatismes afin que, de concert, soit créé un équivalent de la « nomenclature Dintilhac⁹⁹ » de ces « dommages invisibles » qui précèdent systématiquement les violences physiques.

II. Les notions de violence psychologique et de menace comme outils de la contrainte morale

Comme nous l'avons vu précédemment, le phénomène de l'emprise, qui se crée sur la durée, n'est que le résultat de violences psychologiques et de menaces répétées de la part de l'auteur sur la victime. De même que l'état de sidération puis de dissociation traumatique ne sont que les conséquences d'une situation de violences extrêmes, inhumaines. Or, l'emprise et la dissociation permettent d'obtenir de la victime un « accord contraint » et en cela, sont caractéristiques d'une contrainte morale, qui est aujourd'hui invisible aux yeux de la loi.

Il est donc crucial, plutôt que de définir des termes psychologiques complexes et très difficiles à traduire juridiquement tels que l'emprise, de définir précisément dans le Code pénal chacun des procédés (violence (physique et psychologique), contrainte (physique et morale), menace et surprise) constitutifs de l'infraction de viol, non seulement pour les victimes mineures, mais également pour les victimes majeures.

⁹⁹ La nomenclature Dintilhac correspond au rapport établi par une commission présidée par J-P. Dintilhac, Président de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation en 2005, qui propose une nomenclature des différents postes de préjudice. Il s'agit d'un outil de référence en matière d'indemnisation des victimes de dommages corporels couramment utilisé par tous les praticiens. (J-P. Dintilhac, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, juillet 2005).

Notamment, il conviendra de définir avec précision les notions de « violence psychologique » et de « menace », desquelles pourra être déduite la contrainte morale qui, si elle n'est pas exclusive de ces notions, devrait notamment être considérée comme le résultat de ces moyens de pression et d'atteinte à l'intégrité psychique des victimes. C'est notamment ce qu'affirme déjà une partie de la doctrine¹⁰⁰, bien que cette appréciation de la contrainte morale n'ait jamais été reprise à ce jour ni par la jurisprudence, ni par le législateur.

a. Définir la notion de « violence psychologique »

La violence est « l'instrument par lequel l'agresseur obtient et perpétue la domination sur la victime qui n'est alors pas respectée en tant que sujet mais traitée comme objet de pouvoir¹⁰¹. » Ainsi, les situations de violence sont caractérisées par un rapport asymétrique : c'est toujours l'agresseur qui a le pouvoir, qui domine, qui prend les décisions. « Dans la violence, il n'y a pas de réciprocité possible, c'est un régime totalitaire¹⁰². » C'est ainsi qu'on peut notamment distinguer une situation où il y a des violences psychologiques dans un couple d'une situation de conflit¹⁰³.

Selon Marie-France Hirigoyen, « la violence psychologique est constituée de paroles ou de gestes qui ont pour but de déstabiliser ou de blesser l'autre, mais aussi de le soumettre, de le contrôler, de façon à garder une position de supériorité¹⁰⁴. » Cette définition identifie bien des actes de la part de l'agresseur dont le but est d'affirmer son pouvoir sur l'autre et de porter atteinte à son intégrité psychique.

D'autre part, selon Jocelyn Lindsay et Michèle Clément, la violence psychologique est « un comportement intentionnel et répétitif qui s'exprime à travers différents canaux de communication (verbal, gestuel, regard, posture, etc.) de manière active ou passive, directe ou indirecte, dans le but explicite d'atteindre (ou de risquer d'atteindre) l'autre personne et de la blesser sur le plan émotionnel¹⁰⁵. » Cette définition nous apparaît claire et pertinente, d'autant que Jocelyn Lindsay et Michèle Clément explicitent chacun des termes de leur définition¹⁰⁶. Néanmoins, le rapport asymétrique

¹⁰⁰ F. Caballero, *Droit du sexe*, 2010, Hors collection LGDJ, n°705 cité par A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, §25

¹⁰¹ E. Ronai, E. Durand, *Violences conjugales, le droit d'être protégée*, Dunod, 2017, p.197.

¹⁰² Ces propos ont été tenus par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « *Introduction générale : historique des violences sexuelles, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* » en date du 30 mars 2019.

¹⁰³ Ces explications ont été données par Edouard Durand et Ernestine Ronai lors du cours « *Introduction générale : historique des violences sexuelles, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* » en date du 30 mars 2019.

¹⁰⁴ M-F. Hirigoyen, « De la peur à la soumission », 2009/1 n°73 p.26.

¹⁰⁵ J. Lindsay et M. Clément, « La violence psychologique : sa définition et sa représentation selon le sexe », *Recherches féministes*, vol. 11, n°2, 1998, p. 151.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 151 – 152 : « **Intentionnel** : lorsque la personne qui est à l'origine du comportement connaît l'effet négatif que celui-ci entraîne chez la personne vers qui il est orienté (par exemple, lui faire de la peine, l'humilier, etc.); **répétitif** : lorsque [...] la personne qui violence

« dominant-dominé », qui est caractéristique des violences, et notamment psychologiques, ne ressort pas de cette définition.

Par ailleurs, il est intéressant de noter que depuis la loi du 9 juillet 2010, l'infraction de « harcèlement moral au sein du couple » est sanctionnée. Elle est prévue par l'article 222-33-2-1 du Code pénal qui définit cette infraction comme « le fait de harceler son conjoint, son partenaire lié par un pacte civil de solidarité ou son concubin par des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation de ses conditions de vie se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale. » En outre, l'article 222-33-2-2 du Code pénal propose une définition du « harcèlement moral » plus général dont les termes sont similaires à la définition du « harcèlement moral au sein du couple. »

Ainsi, en tenant compte des définitions ci-dessus proposées par la doctrine et des infractions déjà existantes dans le Code pénal de « harcèlement moral dans le couple » et de « harcèlement moral », nous proposons la définition suivante des violences psychologiques :

Les violences psychologiques sont caractérisées par des propos ou comportements intentionnels et répétés de la part de l'auteur, exprimés de manière active ou passive, directe ou indirecte, ayant pour but une dégradation des conditions de vie de la victime se traduisant par une altération de sa santé physique ou mentale aux fins de la contraindre à une position de faiblesse.

b. Définir la notion de « menace »

La notion juridique de menace a largement été commentée par la doctrine ainsi que la jurisprudence et ne pose pas de difficulté particulière. Elle pourrait par exemple se définir ainsi :

Un acte d'intimidation, verbal, gestuel ou écrit, par lequel l'auteur exprime sa volonté de faire du mal à la victime. La menace laisse entrevoir à la victime une crainte sérieuse et immédiate d'un mal considérable projeté contre sa personne, ses proches ou ses biens¹⁰⁷.

maintient et reproduit à dessein le ou les comportements lui permettant d'atteindre l'autre; **actif**: lorsque le comportement est de l'ordre de l'agir, de l'effectif (par exemple menacer quelqu'un ou le ridiculiser); **passif**: lorsqu'il s'agit d'un comportement par omission, qui n'est pas de l'ordre de l'agir (par exemple ignorer l'autre); **direct**: lorsque le comportement se produit sans intermédiaire, qu'il va droit à la personne de façon claire ou voilée (par exemple harceler quelqu'un); **indirect**: lorsque le comportement s'accomplit à travers un intermédiaire, individu (amis ou amies, famille) ou objet (par exemple ignorer les amis ou amies de quelqu'un parce qu'on est en colère contre lui et qu'on veut le rendre mal à l'aise ou donner des coups sur les murs, faire claquer les portes pour manifester sa colère contre l'autre). »

¹⁰⁷ Définition élaborée à partir de définitions proposées par la jurisprudence, A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, p. 11 et le *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, Gérard Cornu, 10e édition, Puf.

c. Définir la contrainte morale comme une résultante de ces deux vecteurs, « violence psychologique » et « menace »

La contrainte morale devrait notamment être définie comme le résultat de la menace et des violences psychologiques utilisées par l'auteur comme des moyens de pression pour obtenir de la victime un accord contraint¹⁰⁸.

En outre, la définition de la contrainte morale pourrait s'inspirer de l'infraction d'abus de faiblesse qui est définie par l'article 223-15-2 du Code pénal comme « 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, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables. »

Par ailleurs, des critères de vulnérabilité de la victime, prévus par l'infraction de l'abus de faiblesse mais également comme circonstances aggravantes de l'infraction de viol¹⁰⁹, pourraient être ajoutés à la définition de la contrainte morale. A ce titre, l'emploi du verbe « pouvoir » sera selon nous nécessaire, afin que ces critères ne constituent que des éléments d'appréciation du juge, et qu'il n'y ait donc pas de risque d'inconstitutionnalité lié à la confusion entre l'élément constitutif de l'infraction de viol et certaines de ses circonstances aggravantes¹¹⁰.

En conséquence, la contrainte morale pourrait donc être définie ainsi :

La contrainte morale est caractérisée lorsque les faits sont commis sur une personne, majeure ou mineure, en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de violences psychologiques ou de menaces de la part de l'auteur propres à altérer son jugement.

La contrainte morale peut également résulter de l'abus par l'auteur de l'état de vulnérabilité de la victime, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique, à un état de grossesse, à un état d'ivresse ou de soumission chimique altérant son discernement,

¹⁰⁸ F. Caballero, *Droit du sexe*, 2010, Hors collection LGDJ, n°705 cité par A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, §25

¹⁰⁹ C. pén., art. 222-24

¹¹⁰ Voir Cons. const. 6 février 2015, décision n°2014-448 QPC et analyse *infra* p. 52-54 à ce sujet.

ou à l'existence d'une situation de dépendance économique ou sociale ou d'autorité de droit ou de fait de l'auteur sur la victime.

Cette définition a l'avantage de se reposer en partie sur celle d'une infraction déjà en vigueur depuis de nombreuses années, à savoir l'abus de faiblesse prévu à l'article 223-15-2 du Code pénal. Ainsi une telle définition de la contrainte morale verrait son application plus aisée et susciterait moins de controverse qu'une terminologie nouvelle qui ne trouverait pas sa source dans des dispositions déjà existantes et commentées par la doctrine.

Si toutes ces pistes mènent à l'amélioration de la prise en compte de la notion de contrainte morale concernant les victimes majeures, une réflexion inspirée de la récente évolution législative concernant les mineurs serait par ailleurs la bienvenue afin d'accentuer le mouvement de protection des jeunes victimes.

En effet, les affaires très médiatisées de Pontoise et de Meaux concernant des violences sexuelles sur de jeunes mineures ont mis en exergue les limites de la définition légale du viol. Par ailleurs, l'échec de la volonté de l'actuel gouvernement d'instaurer une présomption de non-consentement éclaire sur la nécessité de redéfinir la notion de contrainte morale, et plus spécifiquement de présumer que cette dernière existe pour toutes les victimes mineures, au nom de l'intérêt supérieur de l'enfant. A cet égard, une éventuelle modification législative se doit d'être analysée.

Section 3 : La présomption de contrainte morale pour les victimes mineures

Les principales victimes de violences sexuelles sont les enfants, les mineurs représentant près de 60% des victimes de viol¹¹¹. En effet, les enfants, car ils sont vulnérables, dépendants des adultes et soumis à leur autorité, sont une cible privilégiée des prédateurs sexuels.

« En tant que jeune fille, on obéit... car c'est un adulte. On fait ce qu'on nous demande¹¹². »

¹¹¹ HCE, *Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles*, 5 oct. 2016, p.29.

¹¹² Extrait du témoignage de l'une des victimes de Jeffrey Epstein qui était mineure au moment des faits - Traduction : "As a young girl, you just do... because he is an adult. You just do what someone asks you to do" [Jeffrey Epstein, *pouvoir, argent et perversion*, Netflix, 2020].

A l'occasion des nombreux témoignages de victimes de viols, mineures au moment des faits, il est apparu évident que la notion de contrainte morale, présentée comme étant abstraite et impalpable, était en réalité le dénominateur commun de toutes ces victimes dont la parole s'est libérée.

Ainsi, devant cette réalité devenue manifeste aux yeux de tous, le législateur a tenté, guidé par un impératif d'ordre public de protection de l'enfance (I), de faciliter la caractérisation de l'infraction de viol pour les victimes mineures de moins de quinze ans (II). Cependant, cette tentative s'est soldée par un échec, dont il conviendra d'analyser les raisons, avant de proposer une alternative permettant la protection des enfants contre les violences sexuelles (III).

I. La protection de l'enfance, un impératif d'ordre public

La question de la protection de l'enfance recouvre des problématiques multiples et complexes, notamment en matière sexuelle lorsque la notion de libre consentement est invoquée. Pour autant, cette question se doit d'être traitée comme un impératif d'ordre public, d'abord car ses sources juridiques sont ancrées et anciennes tant dans le droit français que dans le droit international, mais également car elle relève d'un enjeu de santé publique.

a. L'indifférence du consentement de la victime en droit pénal

Le droit pénal français connaît un principe traditionnel d'indifférence du consentement de la victime. Ce principe signifie que le consentement de la victime n'est pas un fait justificatif, c'est-à-dire une circonstance qui justifie ou légitime une infraction, ni même une cause d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité pénale. Ainsi, à titre d'exemples, les atteintes à la vie ou à l'intégrité physique de la personne incriminées par le Code pénal ne peuvent être justifiées dans le fait que l'atteinte en question a été acceptée, voire sollicitée par la personne¹¹³. On pense notamment à l'euthanasie, la vente d'organes ou encore jadis, à la pratique du duel.

Ce principe s'explique par le fait que la répression pénale ne peut pas être tributaire de la volonté individuelle car le droit pénal a pour objet de protéger les valeurs essentielles de la société. Pourtant, pour le viol et les agressions sexuelles, le consentement de la victime est implicitement requis à travers le recours, par l'agresseur, aux procédés de « violence, menace, contrainte ou surprise ». Cette spécificité

¹¹³ A. Lepage, *Répertoire de droit civil, Droit de la personnalité - Les droit de la personnalité en général*, Dalloz, n°25, 2009.

est de nature à rappeler que les consentements individuels connaissent des limites selon les enjeux au regard de la protection de l'ordre public. En matière de viol, il a été décidé manifestement de laisser une marge d'appréciation sur cette notion de consentement de telle sorte qu'il est possible de faire échec à l'infraction de viol, et ce même au détriment des mineurs.

b. Les sources juridiques de la protection de l'enfance

La protection de l'enfance est un impératif d'ordre public qui conduit le législateur à instaurer, au fil des années, des politiques volontairement protectrices des mineurs. Cette protection trouve ses fondements juridiques tant en droit interne qu'en droit international.

i. Le principe de l'intérêt de l'enfant en droit français¹¹⁴

En France, la protection de l'enfance est gouvernée par les quatre principes directeurs¹¹⁵ suivants :

- Le principe du maintien de l'enfant dans sa famille ;
- Le principe de la recherche de l'adhésion de la famille à la mesure envisagée ;
- Le principe des convictions religieuses et philosophiques de la famille ; et
- Le principe de l'intérêt de l'enfant.

Or, le « principe de l'intérêt de l'enfant » devrait correspondre à la prise en compte de ses besoins fondamentaux¹¹⁶ qui, selon Edouard Durand, peuvent être classifiés en quatre catégories :

- « Les besoins universels de l'enfant, tels que les besoins physiologiques et de santé (ex, nourriture, chaleur, hygiène, sommeil, attachement, etc.) ainsi que le méta-besoin de sécurité sans la satisfaction duquel on ne peut pas satisfaire les autres besoins ;
- Les besoins particuliers, qui concernent principalement les enfants handicapés ;
- Les besoins spécifiques à l'expérience vécue par certains enfants (ex, un enfant victime de violences a besoin de soins en psychotrauma) ;
- Les besoins iatrogènes, qui sont les besoins produits par la mesure de protection¹¹⁷. »

Les premiers protecteurs des enfants, et qui à ce titre doivent subvenir à tous leurs besoins fondamentaux, sont les parents. Or, « quand les parents sont dans l'incapacité de protéger leurs enfants, cela relève de

¹¹⁴ Edouard Durand, cours « *Protection de l'enfance* » en date du 14 décembre 2019.

¹¹⁵ C. civ., art. 375-1 et 375-2.

¹¹⁶ L. Bellon, *L'atelier du juge, à propos de la justice des mineurs*, Trajets, Eres, 2011.

¹¹⁷ Propos tenus par Edouard Durand lors du cours « *Protection de l'enfance* » en date du 14 décembre 2019.

l'ordre public et donc de l'Etat¹¹⁸. » La question de la protection de l'enfance devient donc, dès lors que la défaillance parentale est relevée, une question nécessairement d'ordre public tant du point de vue national, qu'international.

ii. Le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » en droit international

La protection de l'enfance est depuis longtemps considérée comme un impératif dépassant les contingences nationales.

A ce titre, le 26 septembre 1924, la Société des Nations adopte la Déclaration de Genève, qui reconnaît pour la première fois des droits spécifiques aux enfants et la responsabilité des adultes à leur égard.

Quelques années plus tard, le 20 novembre 1959, la Déclaration des Droits de l'Enfant adoptée à l'unanimité par les 78 Etats alors membres de l'Organisation des Nations Unies (ONU), pose en dix principes les droits fondamentaux des enfants. Le texte dispose notamment que « l'enfant doit bénéficier d'une protection spéciale et se voir accorder des possibilités et des facilités par l'effet de la loi et par d'autres moyens, afin d'être en mesure de se développer d'une façon saine et normale sur le plan physique, intellectuel, moral, spirituel et social, dans des conditions de liberté et de dignité. Dans l'adoption de lois à cette fin, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération déterminante¹¹⁹. »

Puis, trente ans plus tard, l'Assemblée générale de l'ONU adopte la Convention Internationale des Droits de l'Enfant (« CIDE ») qui étend le principe de toujours rechercher « l'intérêt supérieur de l'enfant » à toutes les décisions les concernant. En effet, l'alinéa 1 de l'article 3 de la CIDE dispose que « dans toutes les décisions qui concernent les enfants, qu'elles soient le fait des institutions publiques ou privées de protection sociale, des tribunaux, des autorités administratives ou des organes législatifs, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être une considération primordiale. »

La France, aux côtés de 195 autres pays¹²⁰, a ratifié cette Convention et s'est donc engagée à défendre et à garantir les droits de tous ses enfants, et notamment à les protéger « contre toute forme de violence, d'atteinte ou de brutalités physiques ou mentales, d'abandon ou de négligence, de mauvais traitements

¹¹⁸ Propos tenus par Edouard Durand lors du cours « *Protection de l'enfance* » en date du 14 décembre 2019.

¹¹⁹ Principe 2 de la Déclaration des Droits de l'Enfant du 20 novembre 1959.

¹²⁰ Sur les 197 pays reconnus par l'ONU, seuls les Etats-Unis n'ont pas ratifié la CIDE à ce jour.

ou d'exploitation, y compris la violence sexuelle¹²¹ » et « contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle¹²². »

La question des violences sexuelles sur les mineurs se révèle d'ailleurs être particulièrement dévastatrice pour ces derniers, ce qui est de nature à constituer un enjeu majeur de santé publique.

c. La protection de l'enfance, un impératif de santé publique

Les enfants sont l'avenir de notre société, et à ce titre, il est impératif que ces derniers puissent se construire sainement, à l'abri des violences.

Or, le fait d'être victime de violences sexuelles pendant son enfance est particulièrement traumatisant et a de très sérieuses conséquences à long terme sur la santé physique et mentale, avec un risque important de mort précoce, puisque 100% des enfants victimes de violences sexuelles développent de graves troubles psychotraumatiques par la suite¹²³.

Par ailleurs, les personnes qui ont été victimes de violences sexuelles pendant leur enfance ont un risque très important d'être à nouveau victimes au cours de leur vie. En effet, selon la Docteure Muriel Salmona, ce risque est multiplié par 19 lorsqu'une fille subit des violences physiques et sexuelles pendant son enfance, et par 16 lorsqu'il s'agit d'un garçon mineur¹²⁴.

En outre, les violences sexuelles détruisent les enfants, car elles portent atteinte à leur intégrité mentale et physique, et les empêchent donc de se développer correctement. Lorsqu'ils deviennent adultes, ces enfants victimes ont par conséquent davantage de risques de se retrouver « dans des situations de handicap, d'invalidité, de grande précarité et de marginalisation¹²⁵. »

Les violences sexuelles commises sur les mineurs relèvent donc de l'ordre public, puisqu'elles portent non seulement atteinte à l'intérêt supérieur de l'enfant, mais elles sont également un problème majeur de santé publique et de justice sociale¹²⁶.

¹²¹ Article 19 alinéa 1 de la CIDE.

¹²² Article 34 de la CIDE.

¹²³ Dre Muriel Salmona, cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

¹²⁴ Dre Muriel Salmona, cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

¹²⁵ M. Salmona, « Résultats de l'enquête 'Violences sexuelles dans l'enfance, enquête auprès des victimes' », 2019, p.4 (article publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020)

¹²⁶ *Ibidem*.

Dès lors que ce constat est clairement établi, il convient d'appréhender la manière dont le Code pénal, souvent présenté comme le « miroir de la société », a traité cette problématique au fil des ans.

II. Le traitement législatif de la protection de l'enfance sur la question des violences sexuelles

Depuis bien longtemps déjà, le législateur a pris conscience de l'importance de protéger les enfants des violences sexuelles. Cependant, l'infraction de viol, dont les procédés de « violence, contrainte, menace ou surprise » sont particulièrement difficiles à établir pour les victimes mineures, s'est révélée insuffisante, notamment lors des affaires de Pontoise ou de Meaux en 2017. Le législateur a donc pris conscience de la nécessité, pour les mineurs, de réformer le Code pénal. Cependant, ses tentatives récentes de renforcer la protection des enfants sur la question des violences sexuelles se sont avérées être, jusqu'à aujourd'hui, un échec.

a. L'évolution du Code pénal : de l'attentat à la pudeur au délit d'atteinte sexuelle

Le traitement judiciaire du crime sexuel en France repose principalement sur les infractions de viol et d'attentat aux mœurs (terme qui finira par être remplacé par celui d'atteinte sexuelle et d'agression sexuelle suite à la réforme du code pénal de 1994).

La question des attentats aux mœurs était régie dans le Code pénal de 1810 par les articles 330 à 335 et a engendré une confusion particulière lorsque la question de l'enfance était en jeu dès lors que la violence ou contrainte était invisible dans la plupart des cas¹²⁷.

A partir de 1832, l'article 331 du Code pénal instaurait l'attentat à la pudeur sans violence, contrainte, ni surprise pour les mineurs de moins de 11 ans¹²⁸. C'était la première fois qu'était constituée une infraction sans violence, spécifiquement mise en place pour réprimer les atteintes sexuelles sur mineurs. En effet, à cette époque, l'absence de violence physique visible permettait trop souvent d'acquitter les auteurs d'agissements sexuels sur mineurs. Avant 1832, certains magistrats regrettaient à ce titre « que le législateur n'ait pas déterminé un âge au-dessous duquel la violence serait toujours censée exister » et s'interrogeaient quant à la possibilité pour un enfant de pouvoir se défendre et résister à son agresseur.

¹²⁷ A-C Ambroise Rendu, « Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime ? (1810 – années 1930) », Belin, Revue d'histoire moderne & contemporaine, 2009/4 n°56-4, p.166

¹²⁸ *Ibidem* p.171

Ainsi, des juges se demandaient, pour les cas où il n’y avait aucune trace visible de résistance par la victime, si cela permettait pour autant d’en conclure qu’il n’existait pas de violence¹²⁹.

Il existait donc déjà à cette époque une réflexion sur la notion de violence ou contrainte morale. Pourtant, cette contrainte morale n’était pas prise en compte par les jurés de Cour d’assises qui, faute d’éléments de violence « visibles », acquittaient les accusés¹³⁰.

A partir de 1832, l’existence de la violence, contrainte ou surprise, caractéristique du non-consentement de la victime, est donc ainsi écartée : c’est l’âge de l’enfant qui en fait une victime lorsqu’il subit des atteintes sexuelles par une personne majeure. Cet âge sera relevé à 13 ans en 1868, et à 15 ans en 1945¹³¹. Par conséquent, dès 1945, « en incriminant [tout acte de nature sexuelle entre un majeur et un mineur de moins de quinze ans], le législateur a ainsi fixé dans la loi à quinze ans l’âge du consentement sexuel [...]. Avant quinze ans, un mineur est réputé ne pas pouvoir consentir librement à un rapport sexuel avec un adulte : ces faits sont donc toujours incriminés¹³². »

Enfin, suite à la réforme du Code pénal entrée en vigueur le 1^{er} mars 1994, le délit d’atteinte sexuelle, visé aux articles 227-25 à 227-27 du Code pénal, remplace l’attentat à la pudeur.

b. Tentatives récentes de renforcer la protection des enfants sur la question des violences sexuelles

Les lois de 2010¹³³ et de 2018¹³⁴ ont tenté d’offrir une meilleure protection juridique aux mineurs de moins de 15 ans victimes de violences sexuelles en proposant une définition de la contrainte morale.

i. Une définition timide de la contrainte morale pour les victimes mineures amorcée par la loi de 2010

La loi du 8 février 2010 proposait une nouvelle définition de la contrainte morale pour les victimes mineures qui traduisait explicitement une jurisprudence du 7 décembre 2005 de la chambre criminelle

¹²⁹ A-C Ambroise Rendu, « Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime ? (1810 – années 1930) », Belin, Revue d’histoire moderne & contemporaine, 2009/4 n°56-4, p.167-168

¹³⁰ *Ibidem*, p.168

¹³¹ *Ibidem* p.171

¹³² M. Mercier, *Rapport d’information renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, n° 589, 20 juin 2018, p. 37.

¹³³ 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, JO n°33 du 9 février 2010.

¹³⁴ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, JO n°0179 du 5 août 2018.

de la Cour de Cassation¹³⁵. La Cour de cassation expliquait que dès lors que le discernement des enfants n'existait pas en raison de leur âge, il n'y avait pas à chercher l'absence ou l'existence de consentement, puisqu'il ne pouvait y avoir consentement que lorsqu'il y avait discernement. En conséquence, dans sa version de 2010, l'article 222-22-1 du Code pénal était ainsi rédigé : « La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime. »

La contrainte morale pouvait donc être établie si les deux critères cumulatifs suivants étaient démontrés :

- Une différence d'âge entre la victime et l'auteur des faits, **et**
- L'exercice d'une autorité de droit ou de fait par l'auteur sur la victime.

L'emploi du terme « peut résulter » par le législateur permettait d'établir que la contrainte morale n'était pas réductible à cette définition, qui n'était qu'un simple guide pour les magistrats qui pouvaient également choisir librement de se fonder sur d'autres éléments pour caractériser la contrainte morale¹³⁶. Ce choix sémantique s'est avéré crucial, puisque cela a permis d'éviter que soit caractérisée la confusion entre un élément constitutif et une circonstance aggravante de l'infraction de viol¹³⁷.

Par ailleurs, la loi de 2010 n'a malheureusement pas défini le critère de l'écart d'âge qui est encore aujourd'hui laissé à l'interprétation des juges, ce qui en pratique entraîne une disparité jurisprudentielle et donc une insécurité juridique pour les victimes mineures.

ii. Échec du projet de loi de 2018 relatif à la présomption de non-consentement des mineurs

La loi du 3 août 2018 est venue compléter l'article 222-22-1 du Code pénal dans le but de renforcer la pénalisation des abus sexuels commis sur les mineurs de moins de 15 ans.

Dans son projet de loi initial, le gouvernement souhaitait instaurer une présomption de défaut de consentement pour les mineurs de moins de 15 ans. L'objectif de ce texte était de permettre une meilleure protection juridique de ces jeunes mineurs en écartant les difficultés que pouvaient rencontrer le juge à démontrer la « violence, contrainte, menace ou surprise ». Ainsi, le gouvernement proposait que, pour

¹³⁵ Cass. crim, 7 déc. 2005, n°05-81.316 : « l'état de contrainte ou de surprise résulte du très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés. »

¹³⁶ A. Darsonville, *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011, §36

¹³⁷ Voir Cons. const. 6 février 2015, décision n°2014-448 QPC et analyse *infra* p. 52-54 à ce sujet.

un mineur de moins de 15 ans, le viol (ou l'agression sexuelle en l'absence de pénétration), soit établi si l'auteur « connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime. » Cependant, dans son avis en date du 15 mars 2018, le Conseil d'Etat a indiqué que cette disposition s'avérait contraire aux exigences constitutionnelles¹³⁸. Dès lors, le gouvernement a décidé de revoir sa copie et a simplement proposé de clarifier la notion de contrainte morale dans l'article 222-22-1 du Code pénal.

Ainsi, la loi du 3 août 2018 est venue préciser que l'autorité de droit ou de fait exercée par l'auteur sur la victime pouvait « être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur. » Par ailleurs, pour les mineurs de moins de 15 ans, un second alinéa a été ajouté à l'article 222-22-1 du Code pénal, disposant que « la contrainte morale ou la surprise [étaient] caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. » L'objectif était de mieux protéger les enfants en venant faciliter la démonstration du défaut de consentement du mineur, et notamment du mineur de moins de 15 ans. Cependant, on peut se poser la question de la réelle utilité de la réforme de ce texte.

En effet, en ce qui concerne le premier alinéa, les deux critères cumulatifs (à savoir (i) une différence d'âge entre la victime et l'auteur et (ii) l'exercice d'une autorité de droit ou de fait) subsistent pour pouvoir déduire l'existence de contrainte morale. Il est simplement précisé par la loi de 2018 que l'autorité de fait et de droit peut « être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur. » Or cette « différence d'âge significative » n'est pas définie par le texte et est donc soumise à interprétation : à partir de quelle différence d'âge peut-on retenir la contrainte morale ? Est-ce que l'écart d'âge entre la victime et l'agresseur doit être apprécié de la même façon pour un très jeune mineur et un mineur de plus de 15 ans ? En outre, nous sommes en droit de nous questionner sur l'effectivité du second critère dans la mesure où celui-ci semble pouvoir désormais se déduire de l'existence du premier, à la seule nuance près de la « significativité ».

Par ailleurs, concernant le second alinéa pour les victimes mineures de moins de 15 ans, au lieu de devoir prouver la contrainte morale ou la surprise, le juge doit démontrer « l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes. » L'objet de la preuve est ainsi transféré. Mais est-ce que cela signifie pour autant que la preuve en est facilitée ? D'autre part, la question se pose de savoir comment établir ce défaut de discernement en l'absence de précision dans le Code pénal sur l'âge à partir duquel un mineur fait preuve de discernement en matière sexuelle, et de discernement en

¹³⁸ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018.

tout état de cause. A ce titre, il peut être fait un parallèle avec la question des gardes à vue pour mineur de moins de 13 ans qui révèle la difficulté de fixer un âge où le discernement serait existant dans la commission des infractions par le mineur. Encore une fois, ce critère reste sujet à interprétation, ce qui va nécessairement entraîner une insécurité juridique pour les victimes mineures.

Ainsi, devant les faiblesses de la loi actuelle, nous analyserons les différentes exigences constitutionnelles soulevées par le Conseil d'Etat dans son avis du 15 mars 2018 afin de proposer une définition de la contrainte morale qui permette une protection plus efficace des victimes mineures, et notamment des victimes mineures de moins de 15 ans.

III. Solutions pour une protection efficace des mineurs de moins de 15 ans victimes de violences sexuelles

Dans son avis du 15 mars 2018, le Conseil d'Etat, au sujet du projet de loi initial du gouvernement qui proposait que pour un mineur de moins de 15 ans, le viol (ou l'agression sexuelle en l'absence de pénétration) soit établi si l'auteur « connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime », a soulevé trois sources d'inconstitutionnalité, à savoir :

- l'absence de l'élément intentionnel,
- un conflit de qualification pour des mêmes faits, et
- une confusion entre élément constitutif et circonstance aggravante de l'infraction.

a. L'absence d'élément intentionnel, source d'inconstitutionnalité pour le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a considéré que la proposition initiale du gouvernement « ne caractéris[ait] pas suffisamment l'élément intentionnel¹³⁹ » de l'agression sexuelle ou du viol.

En effet, l'article 121-3 du Code pénal pose le principe selon lequel « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre. » L'idée étant que lorsque les comportements ont été commis de façon non intentionnelle, la dangerosité de l'auteur pour la société n'est pas établie, et il serait donc excessif de priver l'auteur de liberté. Le Conseil d'Etat rappelle ainsi que « la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celui-ci¹⁴⁰. »

¹³⁹ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018, §23.

¹⁴⁰ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018, §23, faisant référence aux décisions n°99-411 DC du 16 juin 1999 et n°2003-467 DC du 13 mars 2013.

- i. L'élément intentionnel résulte de l'abus de l'ignorance et de la vulnérabilité de la victime présumant ainsi la contrainte morale

Si l'on ne conteste pas le principe de l'existence nécessaire de l'élément intentionnel pour caractériser l'infraction pénale, on peut cependant s'interroger sur le délit d'atteinte sexuelle visé aux articles 227-25 à 227-27 du Code pénal qui permet de réprimer tout acte de nature sexuelle commis par un majeur à l'encontre d'un mineur de moins de 15 ans.

Ainsi, comme nous l'avons évoqué précédemment, dès 1945, « en incriminant [tout acte de nature sexuelle entre un majeur et un mineur de moins de quinze ans], le législateur a ainsi fixé dans la loi à quinze ans l'âge du consentement sexuel [...]. Avant quinze ans, un mineur est réputé ne pas pouvoir consentir librement à un rapport sexuel avec un adulte : ces faits sont donc toujours incriminés¹⁴¹. »

En effet, « l'incapacité de la victime à comprendre la nature de l'acte auquel elle doit consentir se déduit de sa qualité d'enfant, d'où cette déduction : celui qui sollicite l'acte incriminé auprès d'un mineur a vraisemblablement conscience de l'ignorance de sa victime¹⁴² » quant à la gravité et aux conséquences de ses actes.

Auteur majeur et victime mineure de moins de 15 ans ne sont donc pas dans un rapport d'égalité au moment du passage à l'acte, puisque l'enfant n'est pas équipé physiquement, intellectuellement et émotionnellement pour s'opposer à l'adulte et appréhender pleinement les implications de l'acte sexuel. Il ne peut donc y consentir de manière libre et éclairée.

« Malgré toute la bonne volonté du monde, un adulte reste un adulte. Et son désir un piège dans lequel il ne peut qu'enfermer l'adolescent. Comment l'un et l'autre pourraient-ils être au même niveau de connaissance de leur corps, de leurs désirs ? De plus, un adolescent vulnérable recherchera toujours l'amour avant sa satisfaction sexuelle. Et en échange des marques d'affection (ou de la somme d'argent qui manque à sa famille) auxquelles il aspire, il acceptera de devenir un objet de plaisir, renonçant ainsi pour longtemps à être sujet, acteur et maître de sa sexualité¹⁴³. »

¹⁴¹ M. Mercier, *Rapport d'information renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, n° 589, 20 juin 2018, p. 37.

¹⁴² F. Petipermon, *Le discernement en droit pénal*, Bibliothèque des Sciences criminelles, LGDJ, 2017, p.282, §823.

¹⁴³ V. Springora, *Le Consentement*, Grasset, 2020, p.164.

L'auteur ne peut donc pas s'exonérer en prétendant qu'il ignorait le caractère répréhensible de ses agissements, et l'élément intentionnel, calqué sur l'élément matériel, est caractérisé dans le délit d'atteinte sexuelle par le fait que l'auteur ne pouvait ignorer le très jeune âge de la victime. « Le critère de l'âge pose une présomption : la conscience d'autrui quant à l'état d'ignorance du mineur¹⁴⁴. » Cette conscience est nécessaire¹⁴⁵ mais suffisante. À moins d'apporter la preuve de l'erreur de fait (à savoir la preuve de la méprise sur l'âge du mineur, par exemple si la victime a délibérément trompé l'auteur à ce sujet), ce dernier ne pourra pas s'exonérer de sa responsabilité pénale.

En définitive, le délit d'atteinte sexuelle est un délit quasi formel qui condamne implicitement l'abus de l'ignorance et de la vulnérabilité de la victime mineure de moins de 15 ans par l'auteur adulte. Or, l'existence de la contrainte morale, qui constitue l'un des éléments nécessaires pour caractériser l'agression sexuelle ou le viol et démontre ainsi l'absence de consentement de la victime, peut notamment résulter de l'abus de l'ignorance et de la vulnérabilité de la victime¹⁴⁶.

Cette spécificité prend le contre-pied de l'avis du Conseil d'Etat du 15 mars 2018 qui déplore l'absence de démonstration de l'intentionnalité dans les dispositions du projet de loi visant à fixer une présomption de non-consentement pour tous les abus sexuels sur mineurs de moins de 15 ans entendus largement tels que le viol et les agressions sexuelles¹⁴⁷.

Sans doute la conclusion du Conseil d'Etat s'explique de par la rédaction du projet de loi initial, qui ne faisait pas mention de la présomption de contrainte morale de l'auteur, mais qui indiquait simplement que l'auteur était coupable du fait qu'il « connaissait l'âge de la victime ou ne pouvait l'ignorer ». Le législateur établissait ainsi une présomption de non-consentement irréfragable de la victime. Or, non seulement la présomption irréfragable n'est pas envisageable en droit pénal puisqu'elle va à l'encontre du principe de présomption d'innocence, mais aussi de par sa formulation maladroite, en apparence, le projet de loi semblait ne retenir que l'élément matériel de l'infraction, et totalement écarter l'intention de l'auteur.

On peut cependant déplorer que le Conseil d'Etat ait décidé de rejeter cette disposition du projet de loi dans son intégralité en ne s'attachant uniquement qu'à la façon dont elle avait été rédigée sans toutefois

¹⁴⁴ F. Petipermon, *Le discernement en droit pénal*, Bibliothèque des Sciences criminelles, LGDJ, 2017, p.282, §823.

¹⁴⁵ CA Nancy, 12 avr. 2005: JurisData n° 2005-279844.

¹⁴⁶ Cass. crim., 14 nov. 2001, n° 01-80.865 ; Cass. crim., 28 avril 2011, n° 11-80.617.

¹⁴⁷ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018, §23.

tenter de comprendre l'esprit du texte. En effet, le Conseil d'Etat aurait pu envisager une alternative rédactionnelle établissant une présomption de contrainte morale pour les cas d'actes sexuels sur jeunes mineurs et répondant ainsi à l'exigence constitutionnelle relative à l'élément intentionnel en matière délictuelle et criminelle.

Cette interprétation aurait dû être d'autant plus privilégiée au regard des enjeux d'ordre public (notamment l'intérêt supérieur de l'enfant et les questions de santé publique) que recouvre la question des violences sexuelles commises sur les mineurs. Il est par ailleurs difficile de comprendre cette frilosité juridique de la part du Conseil d'Etat lorsque de tels impératifs sont en jeu.

ii. La question déterminante de l'âge seuil de présomption de contrainte morale pour la caractérisation de l'élément intentionnel

1) Fixer l'âge-seuil à 15 ans ?

Le projet de loi initial du gouvernement fixait à 15 ans l'âge-seuil pour la présomption de non-consentement du mineur. Bien que le Conseil d'Etat ait considéré que l'âge de 15 ans de la victime constituait un seuil pertinent en deçà duquel pouvait être mise en place une répression spécifique des abus sexuels¹⁴⁸, il peut cependant être argué que l'âge du discernement sexuel peut varier d'un mineur à un autre, en fonction de son éducation et de son environnement. La preuve en est que nos pays voisins retiennent tous des seuils d'âges différents. Ainsi, l'âge en deçà duquel un mineur ne pourrait pas consentir à une relation sexuelle est, à titre d'exemples, fixé à 13 ans en Angleterre, à 14 ans en Belgique, en Autriche et en Italie, à 15 ans au Danemark et à 16 ans en Espagne¹⁴⁹.

Par ailleurs, la question se pose de savoir si, par exemple, un jeune moniteur de colonie de vacances de 18 ans pourrait être poursuivi et condamné pour viol ou agression sexuelle, pour des relations de nature sexuelle qu'il entretiendrait avec une mineure de 14,5 ans. C'est ainsi notamment que le Conseil d'Etat a justifié la fragilité de l'élément intentionnel dans la proposition de loi du gouvernement par l'exemple d'une relation sexuelle librement décidée entre un mineur de 17,5 ans et une adolescente de 14 ans, qui se poursuivrait pendant plusieurs mois jusqu'à ce que le mineur de 17,5 ans devienne majeur et en conséquence, la relation illicite aux yeux de la loi. Ainsi, pour le Conseil d'Etat, un très jeune majeur

¹⁴⁸ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018, §19.

¹⁴⁹ HCE, *Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles*, 5 oct. 2016, p.30; M. Mercier, *Rapport d'information sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs*, n° 289, 7 fév. 2018, p.84-85.

pourrait être accusé de viol en entretenant une relation amoureuse avec une mineure de 14,5 ans, sans même avoir conscience de la violation de la loi pénale¹⁵⁰.

A ce titre, dans son rapport d'information, si la Sénatrice Marie Mercier avait indiqué que ces faits pouvaient, tout naturellement « être réprimés conformément à la protection accordée aux mineurs de moins de quinze ans sous la qualification délictuelle d'atteinte sexuelle », elle s'était cependant interrogée sur la nécessité pour autant de poursuivre ces jeunes majeurs pour viol¹⁵¹.

D'autre part, il est fréquent pour les agresseurs d'avancer l'argument selon lequel une jeune fille de 14 ans, de par son apparence physique (ex, usage de maquillage) et sa morphologie pouvait être facilement confondue avec une jeune femme majeure.

2) *Abaisser l'âge-seuil à 13 ans ?*

En France, la jurisprudence considère en principe que les mineurs de moins de 10 ans ne peuvent pas consentir à un acte sexuel. Selon l'ancien Sénateur François Pillet, « tous les comportements sexuels commis sur des mineurs de dix ans sont poursuivis sur le fondement de l'agression sexuelle, voire du viol¹⁵². » Certains auteurs de doctrine ont également pu suggérer que la contrainte morale devrait être présumée pour les mineurs de moins de 10 ans¹⁵³.

Par ailleurs, la Cour de cassation a pu également juger du manque de discernement d'un mineur de moins de 12 ans pour des actes de pénétration sexuelle, caractérisant ainsi le viol par contrainte ou surprise¹⁵⁴. La Cour de Cassation a également estimé que le renvoi devant la Cour d'assises dans le cas d'une accusation de viol sur une petite fille âgée de 11 ans était bien fondé, en jugeant que du fait de son âge, cette dernière n'avait aucune notion de la sexualité et ne pouvait donc faire état d'un quelconque consentement¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018, §23.

¹⁵¹ « Actuellement, des jeunes majeurs peuvent faire l'objet de plaintes [...] pour des faits de nature sexuelle. Si, naturellement, ces faits doivent être réprimés conformément à la protection accordée aux mineurs de moins de 15 ans, sous la qualification délictuelle d'atteinte sexuelle (article 227-27 du Code pénal), faut-il pour autant poursuivre pour viol ces personnes ? » M. Mercier, *Rapport d'information sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs*, n° 289, 7 fév. 2018, p.82.

¹⁵² F. Pillet, *Rapport sur la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale*, n°331, 25 janv. 2017, p.93.

¹⁵³ Par exemple, voir en ce sens la suggestion d'introduire l'alinéa suivant dans l'article 222-22-1 du Code pénal « La contrainte morale peut aussi résulter du jeune âge de la victime et est présumée pour les mineurs de dix ans » M. Bernard, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse, Université Nancy 2, 2010, p. 359 cité par J. Delga, J-L. Rongé, « Les relations sexuelles consenties entre mineurs : de la licéité à l'illicéité, Association jeunesse et droit », *Journal du droit des jeunes*, 2013/1 n°321, p.32-33.

¹⁵⁴ Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-85847, Bull. crim. 1992, n° 228, p. 631: « les faits commis par un père qui, pour parvenir à ses fins contre la volonté de son fils, a profité du manque de discernement de ce dernier pour abuser de son autorité, caractérisent le crime de viol par contrainte ou par surprise commis par ascendant sur un mineur de 15 ans. »

¹⁵⁵ Cass. crim., 18 mars 1997, n°96-86.703.

D'autre part, il semblerait qu'un grand nombre d'acteurs du droit serait favorable à une présomption simple de défaut de consentement pour les mineurs de moins de 13 ans¹⁵⁶. Le HCE, au sein duquel siègent les principales associations d'accompagnement des femmes victimes de violences, a également proposé que l'âge de 13 ans soit fixé comme seuil d'âge en deçà duquel tout acte sexuel avec pénétration par un majeur soit automatiquement considéré comme un viol¹⁵⁷.

Ainsi, si le seuil d'âge du consentement sexuel peut varier d'un pays à l'autre, en France, la jurisprudence, les acteurs du droit et les associations spécialisées, s'accordent sur le fait qu'avant l'âge de 13 ans, un mineur ne dispose pas du discernement nécessaire pour pouvoir consentir de manière libre et éclairée à des actes de nature sexuelle. La CNCDH confirme par ailleurs ce point, en évoquant « un consensus sur le fait que les mineurs de moins de 13 ans ne peuvent consentir librement à des relations sexuelles avec un majeur¹⁵⁸. »

Il semblerait donc que fixer le seuil d'âge où le mineur est incapable de discernement pour des actes de nature sexuelle à 13 ans puisse valablement être envisagé. En effet, à cet âge, la particulière vulnérabilité, mais également l'ignorance et l'innocence de la victime ne sont pas contestables, et de ce fait, l'auteur majeur ne peut les ignorer.

En outre, le plus souvent, un adulte peut difficilement se méprendre sur l'apparence physique et la morphologie d'un jeune mineur de moins de 13 ans ; même en utilisant du maquillage pour tenter de se vieillir, dans la très grande majorité des cas, une jeune fille de moins de 13 ans ne pourra être confondue avec une jeune majeure. Ainsi, le moyen de défense de l'erreur de fait (c'est-à-dire, la méprise sur l'âge du mineur victime), s'il existera toujours, sera en revanche rarement admissible.

3) Les limites de la fixation d'un âge-seuil

Cependant, abaisser le seuil d'âge pour présumer ou non du consentement d'un mineur à une relation sexuelle avec un majeur ne permettrait pas de résoudre toutes les difficultés. Notamment, « l'introduction d'un 'âge-seuil' risque d'être interprétée [...] par les juridictions comme une limite, par exemple pour l'application de la notion de contrainte morale : la création d'une telle présomption ferait ainsi courir le

¹⁵⁶ M. Mercier, *Rapport d'information sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs*, n° 289, 7 fév. 2018, p.82.

¹⁵⁷ HCE, *Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles*, 5 oct. 2016, p.30.

¹⁵⁸ CNCDH, *Avis sur la lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux*, 20 nov. 2018, p.31.

risque que les juridictions ne reconnaissent plus l'existence d'une contrainte morale pour les victimes mineures¹⁵⁹ » de plus de 13 ans.

Par ailleurs, fixer un seuil d'âge pour présumer ou non du consentement d'un mineur à une relation sexuelle avec un majeur, ne résout pas la difficulté des actes de nature sexuelle entre mineurs, qui ne sont pas spécifiquement proscrits par la loi pénale, et donc en principe autorisés. Par exemple, comment à ce titre envisager au regard de la loi une relation de nature sexuelle entre deux mineurs, respectivement âgés de 12 et 17,5 ans ?

La question des violences sexuelles entre mineurs est aujourd'hui minimisée voire banalisée en France et n'est pas spécifiquement traitée par le Code pénal. Pourtant, cette question est cruciale car près de 25% des violences sexuelles sont commises par des mineurs, et 70% de ces violences sont des viols¹⁶⁰.

iii. La nécessité de modifier les éléments d'appréciation de la contrainte morale prévus par l'article 222-22-1 alinéa 1 du Code pénal

Aux termes des dispositions de l'article 222-22-1 al. 1 du Code pénal, il ressort que « la contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime. » Les critères de l'écart d'âge et de l'autorité de droit ou de fait sont donc cumulatifs pour pouvoir apprécier de l'existence de la contrainte morale.

Concernant le premier critère de la différence d'âge, qui est actuellement laissé à l'interprétation des juges, il pourrait être envisagé de préciser l'écart d'âge au-delà duquel la contrainte morale serait présumée.

Par ailleurs, quant au second critère de l'autorité de fait ou de droit, il devrait être conservé, mais l'exigence d'être cumulé avec la différence d'âge pour présumer de la contrainte morale devrait être supprimée¹⁶¹. En outre, et afin de tenir compte des recommandations du HCE, le terme « exerce sur cette victime » pourrait être retiré de sorte que la seule existence de la situation d'autorité de fait ou de droit

¹⁵⁹ M. Mercier, *Rapport d'information sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs*, n° 289, 7 fév. 2018, p.82; M. Mercier, *Rapport d'information renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes*, n° 589, 20 juin 2018, p.43.

¹⁶⁰ Informations et chiffres communiqués par la Dre Muriel Salmona lors du cours « *Description des troubles* » en date du 19 avril 2019.

¹⁶¹ Une proposition avait déjà été faite en ce sens : « votre commission a adopté [...] un amendement COM-39 clarifiant la rédaction de l'article 222-22-1 du code pénal, relatif à la contrainte morale, afin de ne plus exiger cumulativement une différence d'âge et une autorité de fait ou de droit. » F. Pillet, *Rapport sur la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale*, n°331, 25 janv. 2017, p.94.

suffise à présumer de la contrainte morale, sans que l'exercice d'une telle autorité soit requis¹⁶². Enfin, il pourrait être envisagé de s'inspirer du droit pénal canadien¹⁶³ et d'ajouter la situation de confiance (ce qui prendrait ainsi en compte la stratégie souvent employée par les agresseurs de victimes mineures, à savoir gagner leur confiance pour ensuite obtenir leur coopération dans les activités sexuelles¹⁶⁴) ou de dépendance de la victime mineure vis à vis de son auteur.

En conséquence, nous pourrions envisager trois cas alternatifs (et non pas cumulatifs) pour présumer de la contrainte morale sur les victimes mineures, à savoir :

- (i) lorsque les faits sont commis par un auteur majeur sur la personne d'un mineur de moins de treize ans, ou
- (ii) lorsqu'il existe une différence d'âge supérieure à cinq ans entre l'auteur des faits, majeur ou mineur, et la victime mineure de moins de quinze ans, ou
- (iii) lorsque l'auteur des faits a une autorité de fait ou de droit sur la victime mineure ou lorsque la victime mineure est en situation de confiance ou de dépendance vis-à-vis de l'auteur des faits.

Cette suggestion législative permettrait de renforcer la protection des mineurs de moins de 15 ans (concernant les actes de nature sexuelle entre majeurs et mineurs mais également ceux entre mineurs ayant un écart d'âge important), tout en répondant à l'exigence d'élément intentionnel relevée par le Conseil d'Etat.

En effet, comme nous l'avons indiqué précédemment, l'élément intentionnel serait ainsi caractérisé par l'impossibilité pour l'auteur d'ignorer la particulière vulnérabilité de la victime mineure du fait de son très jeune âge (moins de 13 ans) ou de l'écart d'âge de plus de cinq ans entre l'auteur et la victime mineure de moins de 15 ans.

Par ailleurs, dans l'éventualité où, pour une victime mineure de moins de 13 ans, l'auteur majeur arrivait à prouver l'erreur de fait (à savoir sa méprise quant à l'âge de la victime), il devrait cependant parvenir à prouver également l'erreur de fait sur le deuxième critère alternatif (à savoir l'écart d'âge de plus de cinq ans), ce qui serait particulièrement difficile en pratique.

¹⁶² HCE, *Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles*, 5 oct. 2016, p.27.

¹⁶³ Voir analyse à ce sujet *supra* p.12.

¹⁶⁴ Voir analyse à ce sujet *supra* p.21.

Ainsi, grâce à ces deux premiers critères alternatifs, les jeunes mineurs bénéficieraient d'une protection renforcée en matière de violences sexuelles tout en respectant l'exigence constitutionnelle de présomption d'innocence. Par ailleurs, les situations où de très jeunes majeurs se verraient condamnés pour avoir eu des relations sexuelles avec des mineurs ayant presque atteint l'âge de 15 ans - qui posaient notamment difficulté au Conseil d'Etat - seraient exclues, sauf à prouver qu'il existait une autorité de fait ou de droit ou une situation de confiance ou de dépendance entre l'auteur des faits et la victime mineure.

iv. Une présomption de contrainte morale qui n'irait pas à l'encontre du principe de la proportionnalité de la peine

Présumer de la contrainte morale sur des victimes de moins de 13 ans ou en cas d'écart d'âge au-delà de cinq ans entre l'auteur et la victime mineure de moins de 15 ans pour retenir le crime de viol (ou le délit d'agression sexuelle en l'absence de pénétration) là où le droit pénal ne permet que de retenir une atteinte sexuelle pour les mineurs de moins de 15 ans ne contreviendrait pas au principe de la proportionnalité des peines.

En effet, le principe de l'individualisation des peines permettra toujours au juge de moduler celles-ci en fonction de son appréciation des faits. On pourrait par exemple imaginer une peine moins lourde dans le cas d'un majeur de 20 ans et d'une mineure de 14,5 ans, qui, du fait de son apparence physique, peut en paraître 16, que dans le cas d'un majeur de 50 ans et d'une mineure de 13 ans.

Ainsi, la présomption de contrainte morale n'empêcherait en aucun cas le juge de fixer la peine en fonction des circonstances de faits, et notamment l'âge de l'auteur et de la victime.

b. Un conflit de qualification, source d'inconstitutionnalité pour le Conseil d'Etat

Dans son projet de loi initial, le gouvernement proposait que, pour un mineur de moins de 15 ans, l'agression sexuelle (ou le viol en cas de pénétration sexuelle), devait être constituée si l'auteur « connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime. » Ainsi, l'infraction d'agression sexuelle ou de viol devait être constituée indépendamment de tout recours par l'auteur à la « violence, contrainte, menace ou surprise. » Le projet de loi laissait par ailleurs subsister l'infraction d'atteinte sexuelle prévue

aux articles 227-25 à 227-27 du Code pénal qui punit « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte menace ou surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans¹⁶⁵. »

Le Conseil d'Etat avait jugé qu'il s'agissait là d'une source d'inconstitutionnalité puisque cela revenait « à ce qu'un même comportement puisse tomber sous le coup de dispositions distinctes, sanctionnées différemment » et précisait à ce titre que « le Conseil constitutionnel [avait] déjà censuré [...] des dispositions législatives qualifiant des faits de manière identique, tout en faisant encourir à leur auteur [...] des peines de nature extrêmement différente¹⁶⁶. »

Afin de pallier cette difficulté constitutionnelle, qui constitue en réalité un conflit de qualification d'infractions ayant des finalités différentes, il nous semblerait opportun de supprimer l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de moins de 15 ans prévue aux articles 227-25 à 227-27 du Code pénal et de créer une infraction spécifique de viol (et d'agression sexuelle en l'absence de pénétration) sur mineurs (voir *infra* p 55).

c. Une confusion entre un élément constitutif et une circonstance aggravante de l'infraction, source d'inconstitutionnalité pour le Conseil d'Etat

Le Conseil d'Etat a choisi d'écarter le projet de loi initial du gouvernement en relevant la confusion entre l'élément de fait qui ne pouvait être à la fois un élément constitutif de l'infraction et une circonstance aggravante de celle-ci. En effet, en matière de viol et d'agression sexuelle, le fait que la victime soit un mineur de moins de 15 ans¹⁶⁷ ou qu'elle ait été placée sous l'autorité de fait ou de droit de l'auteur des faits¹⁶⁸ constituent des circonstances aggravantes de ces infractions. Dès lors, ce très jeune âge de la victime ou cette autorité de droit ou de fait de l'auteur, ne sauraient, selon le Conseil d'Etat, être pris en compte par le juge comme participant de la contrainte morale, qui est un élément constitutif de l'infraction.

Pourtant, la loi du 8 février 2010 avait introduit l'article 222-22-1 du Code pénal qui était ainsi rédigé : « La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerçait sur cette victime. » Suite à cette loi, le

¹⁶⁵ Art. 227-25 du C. pén. en vigueur avant la loi du 3 août 2018. Depuis 2018, l'atteinte sexuelle est définie comme « le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans », la mention « sans violence, contrainte, menace ni surprise » ayant été retirée.

¹⁶⁶ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018 §24 faisant référence à la décision du C. const. n°2013-328 QPC du 28 juin 2013.

¹⁶⁷ C. pén., art. 222-24, 2° (pour l'infraction de viol) ; C. pén., art. 222-29-1 (pour l'infraction d'agression sexuelle).

¹⁶⁸ C. pén., art. 222-24, 4° (pour l'infraction de viol) ; C. pén., art. 222-30, 2° (pour l'infraction d'agression sexuelle).

Conseil constitutionnel avait été saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) le 19 novembre 2014 par la Cour de cassation¹⁶⁹ quant à la confusion entre l'élément constitutif de l'infraction et de certaines de ses circonstances aggravantes. Le Conseil constitutionnel a néanmoins considéré que la différence d'âge et l'autorité exercée par l'agresseur sont des éléments ayant « pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte. » Ainsi, l'emploi du verbe « *peut* » dans la rédaction de l'article 222-22-1 du Code pénal issue de la loi du 8 février 2010 montrait que ces critères légaux n'étaient pas des éléments constitutifs de l'agression sexuelle mais seulement des éléments d'appréciation d'un élément constitutif, à savoir la contrainte morale¹⁷⁰. Par conséquent, le juge pouvait décider d'utiliser ces critères pour caractériser la contrainte morale, mais il pouvait également choisir librement de se fonder sur d'autres éléments.

Cependant, l'alinéa 2 de l'article 222-22-1 du Code pénal issu de la loi du 3 août 2018 prévoit que pour les victimes mineures de moins de 15 ans, « la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime. » De par cette rédaction, l'abus de vulnérabilité de la très jeune victime ne semble pas être un simple élément d'appréciation supplémentaire à usage des magistrats pour déterminer de l'existence ou non de la contrainte morale, mais bien un élément constitutif de la contrainte morale, et donc de l'infraction de viol. On peut donc s'interroger sur l'éventuel risque d'inconstitutionnalité. En effet, « pour conjurer les risques d'inconstitutionnalité » sur ce fondement, le Conseil d'Etat avait, de manière très précautionneuse, suggéré la rédaction suivante : « lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise peuvent résulter de l'abus de l'ignorance de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à ces actes¹⁷¹. »

Cependant, le recours au verbe « pouvoir », s'il permet de contourner la difficulté constitutionnelle, laisse toujours une place importante à l'interprétation en ce qui concerne la détermination de la contrainte morale pour l'infraction de viol sur une victime mineure, permettant ainsi des décisions fluctuantes et faisant courir un risque d'insécurité juridique pour les jeunes victimes.

¹⁶⁹ Cass. crim, 13 nov. 2014, n°14-81249 - « En effet, en prévoyant que la contrainte morale peut, en matière d'agression sexuelle, résulter de l'autorité de droit ou de fait exercée sur la victime par l'auteur des faits, alors qu'elle constitue, aux termes des articles 222-24, 4° et 222-30, 2° du code pénal, une circonstance aggravante des dites infractions, l'article 222-22-1 du même code serait susceptible de porter atteinte aux principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité s'il était estimé qu'un même fait ne peut être à la fois un élément constitutif et une circonstance aggravante d'une infraction. »

¹⁷⁰ Cons. const. 6 février 2015, décision n°2014-448 QPC.

¹⁷¹ Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018 §27.

Par ailleurs, le Conseil d'État a choisi d'écarter ce projet de loi et ce alors que coexistent déjà dans le Code pénal des infractions présentant une dualité entre élément constitutif et circonstance aggravante. Or, ces infractions n'ont pas pour autant été jugées inconstitutionnelles. On peut citer comme exemples les infractions de vol avec violence ayant entraîné la mort (la violence étant une circonstance aggravante dans ce cas, sans recherche de l'intention homicide) et de meurtre (la violence étant un élément constitutif dans cet autre cas requérant la démonstration de l'intention homicide).

En tout état de cause, et afin de pallier à toute éventuelle difficulté inconstitutionnelle, là encore, il nous semblerait plus opportun de créer une infraction spécifique de viol (et d'agression sexuelle en l'absence de pénétration) sur mineur, qui prévoirait une peine d'emprisonnement maximale plus importante que l'infraction de viol (et d'agression sexuelle) sur une personne majeure, et par conséquent, de supprimer la circonstance aggravante de viol ou agression sexuelle sur mineur de moins de 15 ans. Cette nouvelle infraction instaurerait notamment les trois cas alternatifs suggérés précédemment¹⁷² pour présumer de la contrainte morale sur les victimes mineures.

Il convient de relever que la CNCDH recommande quant à elle d'instaurer « un crime *sui generis* réprimant tout acte de pénétration sexuelle commis par un majeur à l'encontre d'un mineur de 13 ans, ainsi qu'un délit *sui generis* pour tout autre acte sexuel commis par un majeur à l'encontre d'un mineur de 13 ans¹⁷³ », tout en maintenant la circonstance aggravante de viol ou agression sexuelle sur mineur de 13 à 15 ans. Cette alternative nous paraît intéressante mais moins protectrice que notre solution, car l'application des critères alternatifs de présomption de la contrainte morale permettrait la protection renforcée d'un plus grand nombre de mineurs en matière de violences sexuelles (et pas seulement les mineurs de moins de 13 ans).

¹⁷² Voir *supra* p.50.

¹⁷³ CNCDH, *Avis sur la lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux*, 20 nov. 2018, p.31.

CONCLUSION

Redonner du sens aux mots c'est redonner du sens à la démarche des victimes : ne plus avoir honte de parler, et ainsi dépasser le chiffre accablant des 10% de plaintes derrière lequel se cachent 90% de victimes silencieuses et ignorées.

Redonner du sens aux mots, c'est redonner du sens à la loi : que l'opinion publique soit sensibilisée à ces questions des violences sexuelles et l'agresseur tenu responsable de ses actes. Offrir aux victimes la possibilité d'une justice, d'une protection, d'une reconnaissance et d'une reconstruction.

Redonner du sens aux mots, c'est redonner du sens à ce qui est complexe, invisible, quasi insaisissable, comme la contrainte morale.

Aujourd'hui, la définition de l'infraction de viol nécessite d'être complétée, retravaillée, notamment en apportant une définition précise de chacun des procédés coercitifs -six en réalité, et non pas quatre- que sont la violence physique, la violence psychologique, la menace, la surprise, la contrainte physique et enfin, la contrainte morale.

Cette contrainte morale devra être définie en tenant compte de la stratégie de l'agresseur et des troubles psychotraumatiques des victimes, comme preuve des violences subies. Elle sera caractérisée comme une résultante des violences psychologiques et des menaces répétées exercées par l'auteur. La définition de la contrainte morale révélera ainsi cette relation asymétrique « dominant-dominé », caractéristique des situations de violences, où l'auteur a l'ascendant sur sa victime. La contrainte morale, ainsi définie, se fera l'écho de l'infraction d'abus de faiblesse, qui existe déjà pour les personnes les plus vulnérables.

Le traitement des enfants victimes de violences sexuelles ne saurait échapper à une telle redéfinition de la contrainte morale, qui nécessairement se doit d'être plus protectrice pour les victimes et plus lisible pour les justiciables. Créer une infraction de viol (et d'agression sexuelle en l'absence de pénétration sexuelle) spécifique pour les mineurs et fixer des nouveaux critères, alternatifs et non plus cumulatifs, parmi lesquels celui d'un seuil d'âge en dessous duquel la contrainte morale est présumée, font partie des mesures à proposer.

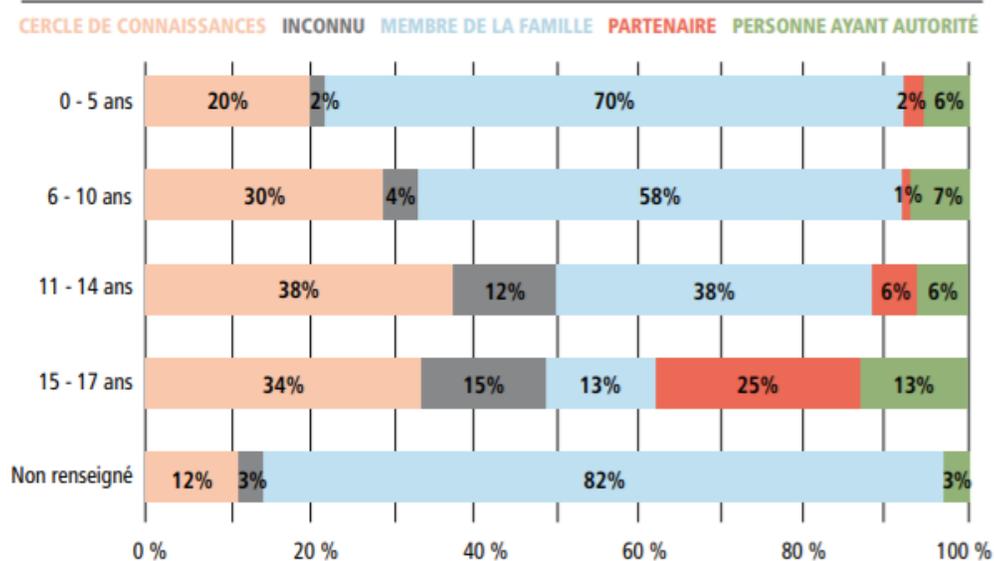
De façon plus générale, et face à la problématique des violences faites aux femmes, déclarée grande cause nationale en 2018, une prise de conscience sociétale s'impose : au-delà de redéfinir la loi, il conviendra d'éduquer la jeunesse, de sensibiliser la population, de former les professionnels, mais également de prévoir des méthodes d'évaluation des préjudices des victimes tenant compte des troubles psychotraumatiques.

Toutes ces redéfinitions, ces précisions sémantiques ou juridiques, ces innovations, ces adjonctions, ces modifications... en définitive, ces quêtes de sens, convergent vers le nouveau paradigme à suivre pour tous les dossiers de viol, comme une ligne de conduite qui a toujours existé mais que tout le monde semble avoir oubliée : placer l'agresseur au centre de l'infraction.

ANNEXES

ANNEXE 1

Figure 1 - Auteur-e des violences selon l'âge de la violence (victimes mineures)



Champ : répondant-e-s ayant subi la violence sexuelle principale avant 18 ans et précisé l'auteur-e (757 répondant-e-s). En pourcentages.

Lecture : l'item « partenaire » désigne des petit-e-s ami-e-s ou des amoureux-ses.

¹⁷⁴ Source schéma : Association Mémoire Traumatique et Victimologie, *Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte* (Synthèse du rapport), Mars 2015, p.8 (publié sur le site internet www.memoiretraumatique.org - consulté le 8 juin 2020)

ANNEXE 2

Pourcentage d'utilisation des stratégies utilisées par les agresseurs sur les victimes mineures :

➤ Afin de gagner la confiance de la victime mineure :

- « Passer beaucoup de temps avec la victime : 95,6%
- Donner beaucoup d'attention : 95,6%
- Toucher de façon non sexuelle : 91,3%
- Dire des choses personnelles : 78,2%
- Dire à quel point elle est spéciale : 69,5%
- Faire croire qu'elle peut se sentir en confiance avec vous : 69,5%
- Jouer avec elle : 69,5%
- Faire ce qu'elle aime faire : 65,2%
- Dire des mots tendres et attentionnés : 65,2%
- La laisser décider de ce que vous ferez ensemble : 52,1% »¹⁷⁵

➤ Afin de gagner la coopération de la victime mineure lors des activités sexuelles :

- « Donner de l'attention non sexuelle : 100%
- Toucher de façon non sexuelle : 95,6%
- Dire des choses gentilles à son sujet : 82,6%
- Toucher graduellement de façon sexuelle : 82,6%
- Dire des mots tendres et attentionnés : 69,5%
- Rendre la victime excitée sexuellement : 65,2%
- Parler de plus en plus de sexualité : 60,8%
- Commencer un contact sexuel comme si ce n'était pas grave : 60,8%
- Rendre la victime curieuse au sujet de la sexualité : 60,8% »¹⁷⁶

¹⁷⁵ M. Germain, *Essai sur l'influence du pédophile à l'égard du silence des tiers*, Bibliothèques de droit, L'Harmattan, 2018, p.52-53

¹⁷⁶ *Ibidem*, p.54.

BIBLIOGRAPHIE

I. Traités et manuels

Rassat (M-L.), *Agressions sexuelles, Viol, Autres agressions sexuelles, Harcèlement sexuel*, JurisClasseur Pénal Code, Lexis 360, Fasc. 20, 3 déc. 2018.

Lepage (A.), *Répertoire de droit civil, Droit de la personnalité - Les droit de la personnalité en général*, Dalloz, n°25, 2009.

Darsonville (A.), *Viol*, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, juin 2011.

Pradel (M.) et Danti-Juan (J.), *Droit pénal spécial*, 4ème édition, 2007-2008, Cujas.

II. Ouvrages

Le Goaziou (V.), *Viol, que fait la justice ?* Académique, Presses de Sciences Po, 2019, 184 pages.

Ronai (E.), Durand (E.), *Violences conjugales, le droit d'être protégée*, Dunod, 2017, 312 pages.

Vigarello (G.), *Histoire du viol, XVIème- XXème siècles*, Paris, Seuil, 1998, 357 pages.

Germain (M.), *Essai sur l'influence du pédophile à l'égard du silence des tiers*, Bibliothèques de droit, L'Harmattan, 2018, 256 pages.

Caballero (F.), *Droit du sexe*, 2010, Hors collection, LGDJ, 768 pages.

Bellon (L.), *L'atelier du juge, à propos de la justice des mineurs*, Trajets, Eres, 2011, 304 pages.

Petipermon (F.), *Le discernement en droit pénal*, Bibliothèque des Sciences criminelles, LGDJ, 2017, 576 pages.

Springora (V.), *Le Consentement*, Grasset, 2020, 216 pages.

III. Articles

Association Mémoire Traumatique et Victimologie, « Impact des violences sexuelles de l'enfance à l'âge adulte (Synthèse du rapport) », *site memoiretraumatique.org*, mars 2015.

Salmona (M.), « Pour en finir avec le déni et la culture du viol en 12 points », *site memoiretraumatique.org*, janvier 2016.

Salmona (M.), « Manifeste contre l'impunité des crimes sexuels », *site memoiretraumatique.org*, 20 octobre 2017.

Salmona (M.), « Comprendre et prendre en charge l'impact psychotraumatique des violences conjugales pour mieux protéger les femmes et les enfants qui en sont victimes », *site memoiretraumatique.org*, 2017.

Salmona (M.), « En quoi connaître l'impact psychotraumatique des viols et des violences sexuelles est-il nécessaire pour mieux lutter contre le déni, la loi du silence et la culture du viol, pour mieux protéger les victimes et pour que leurs droits soient mieux respectés ? », *site memoiretraumatique.org*, février 2016.

Salmona (M.), « La famille, zone de non-droit », Dossier femmes : violences, inégalités, Hommes & Libertés n°177, *site memoiretraumatique.org*, mars 2017.

Salmona (M.), « Résultats de l'enquête 'Violences sexuelles dans l'enfance, enquête auprès des victimes' », *site memoiretraumatique.org*, 2019.

Le Magueresse (C.), « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », Archives de politique criminelle 2012/1 (n°34), Editions A. Pédone, 2012.

Le Magueresse (C.), « Sans "oui"... c'est non », *Mediapart, Le blog de Catherine Le Magueresse*, 17 novembre 2017.

Hirigoyen (M-F.), « De la peur à la soumission », 2009/1 n°73, 2009.

Laouénan (C.), « La Stratégie de l'agresseur », Prostitution et Société, n°202, octobre - décembre 2019.

Bernard (L.), « Dix années de viols au travail commis en situation de contrainte psychologique condamnés par la Cour d'assises de l'Essonne », *site internet de l'Association européenne contre les Violences faites aux Femmes au Travail (AVFT)*, 23 mars 2020.

Lindsay (J.) et Clément (M.), « La violence psychologique : sa définition et sa représentation selon le sexe », *Recherches féministes*, vol. 11, n°2, 1998.

Ambroise Rendu (A-C), « Attentats à la pudeur sur enfants : le crime sans violence est-il un crime ? (1810 – années 1930) », Belin, *Revue d'histoire moderne & contemporaine*, 2009/4 n°56-4, 2009

Delga (J.), Rongé (J-L.), « Les relations sexuelles consenties entre mineurs : de la licéité à l'illicéité, Association jeunesse et droit », *Journal du droit des jeunes*, 2013/1 n°321.

IV. Encyclopédies, dictionnaires

Diderot (D.) et d'Alembert (J.), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, 1751-1772, Volume XVII.

Cornu (G.), *Dictionnaire de vocabulaire juridique*, 10e édition, Puf, 2014.

V. Textes Légaux

Déclaration des Droits de l'Enfant, 20 novembre 1959.

Convention Internationale des Droits de l'Enfant (« CIDE »), 20 novembre 1989.

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.

Loi n°80-1031 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, JO du 24 décembre 1980.

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, JO n°33 du 9 février 2010.

Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, JO n°0179 du 5 août 2018.

Proposition de loi n°2478 visant à protéger les victimes de violences conjugales, 3 décembre 2019

VI. Jurisprudence

Cons. const. 6 février 2015, décision n°2014-448 QPC.

Cass. crim., 25 juin 1857, Bull n° 240.

Cass. crim., 17 mars 1999, Bull.crim. n°49.

Cass. crim. 21 fév. 2007, n°06-88.735.

Cass. crim, 8 juin 1994, n°94-81.376.

Cass. crim 14 oct. 1998, n° 97-84.730.

Cass. crim., 19 juin 2019, n°19-82.774.

Cass. crim, 7 déc. 2005, n°05-81.316.

Cass. crim, 14 nov. 2001, n° 01-80.865.

Cass. crim., 28 avril 2011, n° 11-80.617.

Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-85847, Bull. crim. 1992, n° 228.

Cass. crim., 18 mars 1997, n°96-86.703.

Cass. crim, 13 nov. 2014, n°14-81249.

CA Nancy, 12 avr. 2005 : JurisData n° 2005-279844.

VII. Rapports, avis

Dintilhac (J-P.), Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels, juillet 2005.

Mercier (M.), Rapport d'information sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs, n° 289, 7 fév. 2018.

Mercier (M.), Rapport d'information renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, n° 589, 20 juin 2018.

Mercier (M.), Rapport d'information sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales, n° 482, 3 juin 2020.

Pillet (F.), Rapport sur la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale, n°331, 25 janv. 2017.

Conseil de l'Europe, Rapport explicatif de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 2011.

GREVIO, Rapport d'évaluation de référence sur les mesures d'ordre législatif et autres donnant effet aux dispositions de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 19 novembre 2019.

Commentaires soumis par la France sur le rapport final du GREVIO sur la mise en œuvre de la Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (Rapport de référence), 19 novembre 2019.

Avis du Conseil d'Etat n°394437 du 15 mars 2018.

CNCDH, Avis sur la lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux, 20 novembre 2018.

HCE, Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions *sexuelles*, 5 oct. 2016.

VIII. Presse

Observatoire International des Prisons, « Le code des détenus », sept. 2018.

LEXPRESS.fr, « Quand elle hésite entre rapport consenti et viol, la police parle de ‘miol’ », 10 janv. 2016.

IX. Sites internet

<https://www.memoiretraumatique.org/>

<https://www.avft.org/>

<https://www.justice.gc.ca/fra/>

X. Cours

Salmona (M.), « *Description des troubles* », 19 avril 2019.

Ronai (E.), Durand (E.), « *Introduction générale : historique des violences sexuées, mécanismes des violences et stratégie de l'agresseur* », 30 mars 2019.

Ronai (E.), Durand (E.), « *Données épidémiologiques* », 20 avril 2019.

Durand (E.), « *Protection de l'enfance* », 14 décembre 2019.

XI. Documentaire

Jeffrey Epstein, pouvoir, argent et perversion, Netflix, 2020.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	1
PARTIE 1 - LE VIOL, UN CRIME DIFFICILE À DÉMONTRER	5
Section 1 : La définition du viol dans le Code pénal	5
I. Une définition du viol limitative et sujette à interprétation	6
II. Une définition plus propice au mythe du « violeur inconnu et armé dans la rue »	7
III. En pratique, la notion de consentement au cœur de l’incrimination de viol	9
a. Le consentement, pierre angulaire des dossiers d’instruction de viol	9
b. Le consentement positif, une nouvelle approche contestable en matière de viol	11
Section 2 : L’élément de la contrainte morale dans la définition du viol	14
I. Contrainte physique et contrainte morale	14
II. La contrainte morale, une notion complexe	15
a. Proximité de la contrainte morale avec les notions de violence psychologique et de menace	15
b. La contrainte morale, une notion invisible	16
PARTIE 2 - RÉFLEXIONS POUR UNE MEILLEURE PRISE EN COMPTE DE LA CONTRAINTE MORALE	19
Section 1 : Placer l’agresseur au centre de l’infraction de viol	19
I. Exclure le comportement de la victime lors de l’infraction de viol en caractérisant la stratégie de l’agresseur	19
II. Prendre en compte les troubles psychotraumatiques de la victime pour déjouer la stratégie de l’agresseur	22
a. Comprendre les mécanismes de sidération et de dissociation traumatique	22
b. Déconstruire le mythe de la « vraie victime » de viol	25
Section 2 : Redéfinir la contrainte morale dans le Code pénal	28
I. L’emprise, une notion psychologique difficile à traduire juridiquement	28
II. Les notions de violence psychologique et de menace comme outils de la contrainte morale	30
a. Définir la notion de « violence psychologique »	31
b. Définir la notion de « menace »	32
c. Définir la contrainte morale comme une résultante de ces deux vecteurs, « violence psychologique » et « menace »	33

Section 3 : La présomption de contrainte morale pour les victimes mineures	34
I. La protection de l'enfance, un impératif d'ordre public	35
a. L'indifférence du consentement de la victime en droit pénal	35
b. Les sources juridiques de la protection de l'enfance	36
i. Le principe de l'intérêt de l'enfant en droit français	36
ii. Le principe de « l'intérêt supérieur de l'enfant » en droit international	37
c. La protection de l'enfance, un impératif de santé publique	38
II. Le traitement législatif de la protection de l'enfance sur la question des violences sexuelles	39
a. L'évolution du Code pénal : de l'attentat à la pudeur au délit d'atteinte sexuelle	39
b. Tentatives récentes de renforcer la protection des enfants sur la question des violences sexuelles	40
i. Une définition timide de la contrainte morale pour les victimes mineures amorcée par la loi de 2010	40
ii. Échec du projet de loi de 2018 relatif à la présomption de non-consentement des mineurs	41
III. Solutions pour une protection efficace des mineurs de moins de 15 ans victimes de violences sexuelles	43
a. L'absence d'élément intentionnel, source d'inconstitutionnalité pour le Conseil d'Etat	43
i. L'élément intentionnel résulte de l'abus de l'ignorance et de la vulnérabilité de la victime présumant ainsi la contrainte morale	44
ii. La question déterminante de l'âge seuil de présomption de contrainte morale pour la caractérisation de l'élément intentionnel	46
1) Fixer l'âge-seuil à 15 ans ?	46
2) Abaisser l'âge-seuil à 13 ans ?	47
3) Les limites de la fixation d'un âge-seuil	48
iii. La nécessité de modifier les éléments d'appréciation de la contrainte morale prévus par l'article 222-22-1 alinéa 1 du Code pénal	49
iv. Une présomption de contrainte morale qui n'irait pas à l'encontre du principe de la proportionnalité de la peine	51
b. Un conflit de qualification, source d'inconstitutionnalité pour le Conseil d'Etat	51
c. Une confusion entre un élément constitutif et une circonstance aggravante de l'infraction, source d'inconstitutionnalité pour le Conseil d'Etat	52
 CONCLUSION	 55
 BIBLIOGRAPHIE	 61
 TABLE DES MATIERES	 66