

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*L'égalité entre les femmes et les hommes (Loi n° 2018-703 du 3 août 2018
renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes)*

BEAUSSONIE GUILLAUME

Référence de publication : Beaussonie, Guillaume, « L'égalité entre les femmes et les hommes (Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes) », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019, n° 4, p. 945-955

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail- publi@ut-capitole.fr

L'égalité entre les femmes et les hommes (Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes)

La lutte du législateur contre les violences - notamment sexuelles - imposées aux femmes et aux enfants, même considérée principalement sous le prisme d'une rupture d'égalité avec les hommes, n'est pas vraiment nouvelle : tel était déjà l'objet, en tout ou partie, de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, de la loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, de la loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, de la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, de la loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, de la loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, de la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant ou encore de la loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et à la citoyenneté.

Les faits résistent pourtant à cette volonté claire, l'étude d'impact précédant l'adoption de la loi du 3 août 2018 révélant, par exemple, qu'« en 2016, 93 000 femmes âgées de 18 à 75 ans ont déclaré avoir été victimes de viols et/ou de tentatives de viols. 1 femme sur 7 (14,5 %) déclare avoir vécu au moins une forme d'agression sexuelle au cours de sa vie. 3,7 % d'entre elles déclarent avoir subi au moins un viol ou une tentative de viol. Parmi celles déclarant avoir été victimes de viol ou de tentative de viol au cours de sa vie, plus d'une sur deux (52,7 %) a été victime pour la première fois avant ses 18 ans. Parmi les hommes victimes (car il y en a aussi !), plus de trois sur quatre (75,5 %) ont été victimes pour la première fois avant leur majorité » (1). Par ailleurs, même en cas de poursuites, les réponses judiciaires pouvaient apparaître inadaptées, soit que des relations sexuelles consenties avec un mineur de quinze ans (quatorze au plus) ne soient perçues que comme des « atteintes » sexuelles, moins gravement réprimées que les « agressions », soit que les plus graves de ces dernières, les viols, soient finalement perçues comme des faits moins gravement qualifiés, par l'entremise de cette pratique ô combien détestable qu'est, encore aujourd'hui, la correctionnalisation judiciaire.

Dans ce contexte, une intervention législative supplémentaire ne semblait pas forcément inopportune, mais c'était à la condition, sans doute, qu'il soit procédé différemment que par le passé, c'est-à-dire qu'on ne se contente pas d'ajouter ou de modifier des règles qui auraient davantage besoin d'être rendues plus cohérentes et plus efficaces. Hélas, une fois de plus, tel n'aura pas été l'objet de cette nouvelle réforme, adoptée dans le cadre d'une procédure accélérée malgré des débats qui n'étaient pas vraiment clos, le résultat obtenu ne s'avérant pas inutile pour autant (2).

Nombre de choses ont déjà été dites ou écrites sur la loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes en général, ou sur certaines de ses dispositions en particulier (3). Le processus qui a conduit à l'adoption de ce texte, volontariste mais inéluctablement empreint de compromis, aura au moins eu la vertu de révéler la grande méconnaissance ou l'insuffisante maîtrise de l'état du droit positif français en la matière. Il existe sans doute plusieurs raisons à cela ; deux au moins.

En premier lieu, la place actuelle des infractions sexuelles dans le code pénal n'apparaît pas parfaitement satisfaisante. Outre qu'elles ne représentent pas des « atteintes à l'intégrité physique ou psychique » comme les autres - les « agressions sexuelles » constituent la section 3 de ce chapitre 2 du titre 2 consacré aux « atteintes à la personne humaine » -, une partie d'entre elles, celles qui concernent exclusivement les mineurs, se situent au sein des atteintes portées à ces derniers - chapitre 7 - et, plus précisément, dans ce que le code appelle leur « mise en péril » - section 5.

En second lieu, mais c'est lié, ces infractions concernent une liberté - sexuelle - dont le calibrage demeure, encore aujourd'hui, polémique : si tous s'accordent sur la nécessité de réprimer le plus sévèrement qui soit le fait qu'un rapport sexuel ait été imposé, il devient plus difficile de déterminer la manière dont un comportement sexuel autre qu'un rapport, ainsi que le consentement de la victime à celui-ci comme à celui-là, doivent être appréciés. Les réactions très diverses qui ont fait suite au phénomène #metoo en représentent un témoignage parmi d'autres.

Dans ce contexte, il était alors tout aussi opportun que difficile de légiférer, et ce résultat que constitue la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes n'est pas à la hauteur de ce qu'on aurait pu attendre. Peu de choses ont changé, en effet, la lisibilité et, partant, l'opérabilité du droit des infractions sexuelles n'ayant guère été améliorée. Avec d'autres, notre commentaire pourra ainsi être annexé au projet de lois de finances de l'année dans le cadre du rapport prévu « sur la politique publique de lutte contre les violences sexuelles et sexistes dont sont victimes les enfants, les femmes et les hommes », celui-ci ayant notamment vocation à évaluer « la pertinence des dispositifs de prévention et de répression de ces violences » (4).

Dès le plan, le texte déçoit, car il se distribue en trois titres principaux, le premier consacré aux mineurs, le deuxième au harcèlement et le dernier à l'outrage sexiste, chacun contenant, en réalité, plus que ce qui est annoncé. Au demeurant, ce plan révèle un morcellement - classique - de la pensée portant sur les infractions sexuelles où, comme on l'a dit, une - plus originale - réflexion d'ensemble aurait paru davantage de bon aloi. À la fin, n'ont donc été réformées, une fois de plus en la matière, que la prescription de l'action publique (1) et certaines infractions (2).

1 - La prescription

L'article 706-47 du code de procédure pénale, texte axial en matière de procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de protection des mineurs victimes, en ce qu'il précise quelles sont les infractions concernées, ne s'applique plus aux crimes de meurtre ou d'assassinat prévus aux articles 221-1 à 221-4 du code pénal commis sur un mineur que lorsqu'ils sont précédés ou accompagnés d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie. Désormais, toutes les infractions des articles 221-1 à 221-4 sont en cause, à la seule condition que la victime soit mineure ou qu'elles aient été commises en récidive. À cela s'ajoutent les crimes de violences sur un mineur de quinze ans ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente prévus à l'article 222-10 du code pénal qui ne faisaient l'objet, jusqu'alors, que de règles spécifiques de prescription de l'action publique (5).

Car, dans le cadre de cette procédure dérogatoire, c'est avant toute chose un régime spécifique de prescription de l'action publique qui est prévu, que la loi vient, une fois de plus, aggraver. Ainsi l'article 7 du code de procédure pénale précise-t-il désormais que « l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par trente années révolues à compter de la majorité de ces derniers », remplaçant de la sorte l'ancien alinéa 1er de l'article 9-1 ; ce qui rétablit, à la fois, une spécificité de la prescription en la matière - qui n'existait plus après la réforme du 27 février 2017, celle-ci ayant porté le délai de la prescription en matière criminelle à 20 ans, alignant le droit commun sur l'ancien délai propre aux crimes de l'article 706-47 - et une hiérarchie au sein des délais dérogatoires, la prescription des délits mentionnés à l'article 706-47, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, demeurant de dix années révolues à compter de la majorité de ces derniers (6).

Qu'en penser ? Ce que dévoilent les travaux parlementaires : le temps est nécessaire, le mineur victime n'étant pas en mesure d'agir durant sa minorité (et pas forcément non plus après, en raison d'une éventuelle « amnésie traumatique »), et il n'est plus aussi destructeur qu'avant, l'évolution des techniques autorisant des poursuites effectives bien après les faits. Le constat n'est pas nouveau, de même que sa conséquence, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 ayant déjà procédé, en la matière, à un allongement du délai de prescription ainsi qu'à un report de son point de départ.

Toutefois, à bien y réfléchir, ces arguments n'étaient-ils pas précisément pas ceux qui justifiaient le mécanisme de la prescription de l'action publique en elle-même, qui ne possède pas d'autre assise dans notre droit que cette logique interne ? Le principe d'une prescription ne résidant pas dans la Constitution (7), il ne s'impose que parce que, par l'entremise du temps, s'opèreraient un oubli salvateur de l'infraction ainsi qu'une fatale impossibilité de la réprimer. Lorsque tel ne saurait être le cas, pourquoi conserver un mécanisme qui n'est que de pure façade ? La comparaison avec les crimes contre l'humanité, et le vertige qu'elle provoque, ne devrait peut-être pas conduire à conserver en droit ce qui, en fait, est en voie de disparition (8)...

Dans cette même optique, l'article 434-3 du code pénal, qui réprime la non-dénonciation de mauvais traitements infligés à un mineur ou à une personne particulièrement vulnérable, est

légèrement modifié, dans le but que soit consacrée la nature continue de l'infraction et, partant, que le point de départ du délai de prescription de l'action publique soit reportée jusqu'à la fin des faits de maltraitance (9). L'ancienne rédaction avait conduit la chambre criminelle de la Cour de cassation à considérer l'inverse, l'infraction étant conséquemment constituée au jour où le prévenu avait eu connaissance des faits (10), ce qui laissait moins de temps pour agir à son encontre. À l'issue de la réforme, le texte précise que « le fait, pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende ».

La modification est salubre car, en la matière, le silence gardé aggrave plutôt la situation qu'il ne porte à l'oublier. La nouvelle rédaction se calibre néanmoins sur la durée des maltraitances et non sur celle du silence, ce qui est naturel car, à défaut, l'infraction serait imprescriptible.

Le législateur a également saisi l'occasion de la réforme pour aggraver les peines encourues lorsque le mineur victime a quatorze ans au plus, en ajoutant un alinéa à l'article 434-3 ; elles seront alors de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende.

Il en va de même pour l'omission de porter secours qui, lorsqu'elle concerne un mineur de quinze ans, est désormais punie de sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende, contre cinq ans et 75 000 € normalement (11).

Par ailleurs, la loi étend l'aggravation des violences prévue par les articles 222-8, 222-10, 222-12 et 222-13 du code pénal, lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur, aux cas dans lesquels un mineur assiste aux faits et que ceux-ci sont commis, soit par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité, soit, si la victime est mineure, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur victime.

2 - Les infractions

Du point de vue des infractions, la loi du 3 août 2018 réforme tant les atteintes (a) que les voies de fait sexuelles (b).

a - La réforme des atteintes sexuelles

Le code pénal établit une hiérarchie au sein des atteintes sexuelles, c'est-à-dire les relations sexuelles imposées à une personne qui, soit ne pouvait y consentir, soit n'y a pas consenti. Ainsi réprime-t-il les atteintes sexuelles simples, qui prennent la forme de relations sexuelles non contraintes avec un mineur de quinze ans (C. pén., art. 227-25), éventuellement de plus lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou par une personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ou qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions (C. pén., art. 227-27), les agressions sexuelles autres que le viol, qui consistent en des atteintes sexuelles contraintes, mais sans pénétration (C. pén., art. 222-27), et le viol, agression sexuelle ayant conduit à la pénétration de la victime (C. pén., art. 222-23). Dans ces dernières hypothèses, la victime peut aussi bien être majeure que mineure (et inversement, ce qu'il ne faut pas oublier !).

Cette grille de lecture n'apparaissant pas si clairement à la lecture du code pénal, et sa mise en oeuvre s'avérant parfois redoutable en pratique, tant le consentement est chose difficile à apprécier, on en a déduit, peut-être un peu vite, l'inadaptation du droit positif. Par ailleurs, on le répète, certaines affaires ont choqué, qui ont conduit à ce que des relations sexuelles consenties par des mineurs de moins de quatorze ans - onze en ces occurrences - avec des majeurs (12) ne soient pas qualifiées d'agressions sexuelles, mais d'atteintes sexuelles. D'où nombre de propositions, et notamment celle du gouvernement de consacrer, dans de telles hypothèses, une présomption d'absence de consentement des mineurs : dès lors que l'acte aurait été commis par un majeur sur un mineur de quinze ans (il a même été un temps envisagé de fixer le seuil à treize ans), le viol ou l'agression sexuelle, selon qu'il y aurait eu ou pas pénétration, auraient été constitués à la seule condition que l'auteur ait connu ou n'ait pu ignorer l'âge de la victime. Dans son avis rendu sur le sujet, le Conseil d'État a néanmoins mis en avant les failles d'une telle construction : transformation d'un délit intentionnel en délit quasiment non-intentionnel ; effet de seuil indésirable entre mineur presque majeur et jeune majeur ; redondance des qualifications pour un même comportement (car il n'était pas prévu pour autant d'abroger le délit d'atteinte sexuelle) ; concordance, pour la même qualification, d'un élément constitutif et d'une circonstance aggravante (13). En bref, l'harmonie originelle apparaissait au moment où il devenait question de la détruire. À la fin, les changements finalement effectués ne sont pas tous décisifs.

Ainsi, d'abord, l'atteinte sexuelle est-elle maintenue et redéfinie comme le fait, par un majeur, « hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle », d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans. Autrement dit est puni le majeur qui a eu, avec un tel mineur, des relations sexuelles consenties, c'est-à-dire obtenues « sans violence, contrainte, menace ni surprise », comme le précisait l'ancienne rédaction. Rien ne change en la matière (14), donc, si ce ne sont les peines encourues, aggravées à sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende, contre cinq ans et 75 000 € préalablement (15).

Ensuite, à propos des agressions sexuelles, point de présomption de non-consentement du mineur, quel que soit son âge, mais, comme l'avait proposé le Conseil d'État (16), une précision de la notion de contrainte à l'endroit du juge, dans l'espoir que ce dernier la caractérisera alors plus aisément. Sans revenir sur le tâtonnement parlementaire à cet égard (17), constatons le résultat, qui conduit à préciser l'article 222-22-1 du code pénal, un nouvel alinéa disposant que, « 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 » ; un autre, tout aussi nouveau, ajoutant que, « 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 ».

La méthode n'est pas inconnue, l'ancien article 222-22-1 disposant déjà, depuis la loi du 8 février 2010, que « la contrainte morale [pouvait] 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 ». C'est à ce propos que, bien obscurément, le Conseil constitutionnel avait considéré que « la seconde phrase de l'article 222-22-1 du code pénal [avait] 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 ; qu'elle n'[avait] en conséquence pas pour objet de définir les éléments constitutifs de l'infraction » (18). La chambre criminelle de la Cour de cassation avait fini par considérer, dans le sens semble-t-il d'une présomption, qu'une cour d'appel avait pu valablement « déduire la contrainte morale subie par la victime, âgée de neuf ans lors de la commission des premiers faits poursuivis, de sa différence d'âge avec le prévenu » (19).

Aujourd'hui, en ce qui concerne les mineurs de quinze à dix-huit ans (art. 222-22-1, al. 2), la formule alambiquée retenue par le législateur reprend l'ancienne règle en la précisant, l'autorité de fait susceptible de caractériser la contrainte « pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». Ainsi, sans faire de la différence d'âge et de l'autorité deux cas différents dans lesquels la contrainte ou la surprise vont être plus facilement qualifiées, elles n'en deviennent pas moins un seul et même cas lorsque la différence d'âge sera suffisante, l'idée étant, sans doute, qu'aucun autre élément ne sera alors nécessaire pour démontrer l'absence de consentement de la victime.

En ce qui concerne les mineurs de moins de quinze ans (art. 222-22-1, al. 3), le passage du verbe « pouvoir » au verbe « être » révèle une volonté du législateur d'enserrer davantage le juge qui, au moins dans certaines situations, devra considérer qu'il y a contrainte morale ou surprise. Ce sera le cas à chaque fois qu'il y aura « abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes », formule maladroitement pour dire que les mineurs les plus jeunes, parce qu'ils manquent de discernement, ne peuvent jamais consentir librement à des

relations sexuelles (20). Quant à ceux qui ont une capacité suffisante de discernement et qui, de façon générale, étaient déjà ceux pour lesquels il était difficile de connaître l'état du droit positif, il faudra déterminer si le fait d'avoir des relations sexuelles est en soi déjà abusif d'une victime en elle-même déjà vulnérable, ou si toutes ces conditions à l'application du texte doivent être démontrées...

Ajoutons, pour finir sur ce point, que ce droit, présenté comme purement « interprétatif » a, en tant que tel, vocation à s'appliquer immédiatement (21), conduirait-il à un traitement plus défavorable des personnes poursuivies sur ces fondements. Voilà qui pourrait sans doute être discuté.

Enfin, en ce qui concerne la plus grave des agressions sexuelles, c'est-à-dire le viol, l'article 222-23 du code pénal dispose désormais que constitue une telle infraction « 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 formule, là encore, est maladroite, puisqu'elle porte à confusion en se référant à un « auteur » qui n'est alors pas celui de l'infraction, mais de la pénétration. Il n'empêche que l'ajout demeure opportun, car seront maintenant qualifiées de viol, quand elles seront contraintes, tant la pénétration de l'auteur de l'infraction par la victime, que la fellation de la victime par l'auteur de l'infraction, ce qui était impossible jusque-là (22).

Toutes les agressions sexuelles sont aggravées par l'inceste, que l'article 222-31-1 du code pénal ne limite plus au cas où un mineur en est la victime. Il en va de même de l'hypothèse où « un mineur était présent au moment des faits et y a assisté » (23), de celle où la victime est une personne « dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de l'auteur » (24), ainsi que de celle dans laquelle « une substance a été administrée à la victime, à son insu, afin d'altérer son discernement ou le contrôle de ses actes » (25).

Ce dernier cas de figure devient même une infraction autonome, un nouvel article 222-30-1 du code pénal incriminant « le fait d'administrer [ou de tenter d'administrer (26)] à une personne, à son insu, une substance de nature à altérer son discernement ou le contrôle de ses actes afin de commettre à son égard un viol ou une agression sexuelle ». Ce comportement est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende, sauf à être commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans ou d'une personne particulièrement vulnérable, auxquels cas les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende. Il s'agit, de la sorte, d'agir en amont d'une agression sexuelle, au stade des actes préparatoires - le commencement d'exécution n'est pas encore là, donc la tentative non plus - qui peuvent consister en l'administration d'une drogue (surtout le GHB : « la drogue du viol ») à la victime projetée, afin de faire obstacle à l'agression elle-même (but recherché par l'auteur et qui doit être caractérisé, à la façon d'un dol spécial, pour que l'infraction soit constituée).

b - La réforme des voies de fait sexuelles

Au sein des infractions sexuelles, et même des agressions sexuelles selon le code pénal, figurent également les voies de fait sexuelles que constituent, essentiellement, l'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel. En raison de l'aspect plus moral de ces comportements, leur incrimination, tant dans son principe que dans sa portée, demeure toujours plus polémique que celle des agressions sexuelles plus corporelles (27). Toutefois, à l'heure d'une libération de la parole de plus en plus accrue, tant des harceleurs que de leurs victimes, à l'aune notamment de l'essor des réseaux sociaux, le droit pénal apparaît parfaitement légitime à fixer des limites à des modes d'expression dont chacun se trouve, aujourd'hui, en mesure de peser la capacité destructrice. Mais c'est à la condition, bien sûr, que soient respectés les grands principes qui le gouvernent.

La loi du 3 août 2018 a ainsi beaucoup créé, en la matière, réformant les incriminations de harcèlement et interdisant au surplus, de façon inédite, l'« outrage sexiste » et le voyeurisme.

En ce qui concerne les harcèlements, d'abord, le harcèlement « sexuel » devient également « sexiste », sanctionnant en conséquence des propos ou comportements discriminatoires à l'endroit du sexe opposé lorsque, répétés, ils portent atteinte à la dignité de la victime en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, ou créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante. L'auteur réifie alors sa victime, non pas tant en la considérant comme un objet désirable, qu'à l'inverse, en la percevant comme un sujet inférieur.

Par ailleurs, désormais, ces harcèlements sont également constitués : « 1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; 2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ».

Il s'agit là de lutter contre les « raids numérique », ces acharnements de plusieurs personnes à l'encontre d'une même victime, facilités tant par la technologie de l'Internet, qui offre des interfaces simples et rapides, et éventuellement anonymes, pouvant notamment être mobilisées à cette fin, que par le contexte de l'insertion au sein d'un groupe de harceleurs.

Dans cette configuration, chacun des harceleurs n'en est pas tout à fait un, en ce sens qu'il n'a pas agi de façon répétée. D'où la nécessité, pour le sanctionner en tant que tel, de prendre en compte une forme originale de coaction, soit coordonnée et, partant, éventuellement simultanée (premier cas), soit simplement consciente et, conséquemment, possiblement successive (second cas). Même l'instigateur, lorsqu'il n'y en a un, n'est alors pas tant perçu comme un complice que comme un

participant comme un autre à cette infraction collective, à condition bien sûr qu'il ait lui-même tenu des propos ou qu'il ait eu un comportement à connotation sexuelle ou sexiste, les coauteurs partageant une entente (28) qui autorise et conduit à la répétition et, par là même, permet de retenir leur culpabilité. Voilà assurément une forme d'analyse subjective de la criminalité, l'élément moral prenant clairement le pas sur un élément matériel bien peu manifeste, dont on se demande par ailleurs s'il ne pouvait pas déjà faire l'objet d'une sanction sur le fondement des injures, des menaces ou des violences.

Assez logiquement, encore que l'on puisse trouver cela redondant en ce que de tels harcèlements se commettent presque inéluctablement par l'entremise d'Internet, une nouvelle cause d'aggravation du harcèlement sexuel est consacrée : il s'agit de l'utilisation, lors du harcèlement, d'un service de communication au public en ligne ou d'un support numérique ou électronique (29).

Le harcèlement à plusieurs pouvant aussi bien porter sur d'autres éléments que la sexualité, les ajouts concernent également le harcèlement moral « général » : l'article 222-33-2-2 accueille ainsi tant le harcèlement collectif que la circonstance aggravante qui va avec.

L'outrage sexiste, ensuite, fait son entrée dans le livre VI du code pénal, consacré aux bien peu nombreuses contraventions d'origine légale (30). Il était question, au départ, d'incriminer le « harcèlement de rue », l'appellation finalement retenue ayant sans doute pour objet de rassurer les juristes, beaucoup s'étant - à juste titre - inquiétés face à la perspective d'une interdiction très éthérée et, en conséquence, d'une limitation d'autant plus forte des libertés (31). L'outrage « sexiste », au surplus, est aussi « sexuel », comme le harcèlement « sexuel », on l'a vu, est aussi « sexiste » ; on s'y perd un peu !

D'autant que la définition de l'outrage sexiste fait beaucoup penser à celle du harcèlement sexuel : « Constitue un outrage sexiste le fait, hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2, d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ». Autrement dit, il y a outrage quand, alors qu'il n'y a ni violences ayant entraîné au plus une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours (32), ni exhibition sexuelle, ni harcèlement sexuel ou moral, une personne a malgré tout tenu un propos ou eu un comportement de nature à constituer un harcèlement sexuel, si la condition de répétition - seul ou, désormais, à plusieurs (33) - avait été présente. On se demande alors si, un jour, un tel outrage pourra être effectivement constitué et, quand bien même ce serait le cas, comment il pourrait être démontré, la répétition ayant aussi la vertu de révéler ce qui, à défaut, n'apparaît qu'un instant bien fugace... D'autant que d'autres qualifications encore sont concevables face à de tels faits : injures (34) ou menaces par exemple.

À lire la circulaire du ministère de la Justice, il n'en faudra pas moins entrer en voie de condamnation quand apparaîtront, notamment à travers des témoignages ou des vidéos, « des

propositions sexuelles, mais également certaines attitudes non verbales telles que des gestes imitant ou suggérant un acte sexuel, des sifflements ou des bruitages obscènes ou ayant pour finalité d'interpeller la victime de manière dégradante ; des commentaires dégradants sur l'attitude vestimentaire ou l'apparence physique de la victime ; une poursuite insistante de la victime dans la rue ». Les agents de police judiciaire adjoints (35), ainsi que différents autres fonctionnaires et agents assermentés (36), auront également le pouvoir de constater de tels faits par procès-verbal. La circulaire ajoute que « le champ d'application de l'outrage sexiste ne se limite pas à l'espace public. Par conséquent, l'infraction sera constituée quel que soit son lieu de commission, qu'il s'agisse d'un lieu public tel que la rue, les transports en commun ou encore un établissement scolaire, ou d'un lieu privé, tel un espace de de travail » (37).

« L'outrage sexiste est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe », soit 750 € (38), pouvant ainsi « faire l'objet des dispositions du code de procédure pénale relatives à l'amende forfaitaire, y compris celles concernant l'amende forfaitaire minorée » (39). Il « est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe [1 500 €] lorsqu'il est commis : 1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° Sur un mineur de quinze ans ; 3° Sur 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 ; 4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de son auteur ; 5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; 6° Dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ; 7° En raison de l'orientation sexuelle, vraie ou supposée, de la victime ». En vertu de l'article 132-11, alinéa 1er du code pénal, dans ces dernières hypothèses, la peine est éventuellement portée à 3 000 € en cas de récidive.

Cette nature contraventionnelle, pour paraître en phase avec la gravité relative des faits, pose néanmoins le problème de l'appréciation d'un comportement qui risque, parfois, de nécessiter de sonder l'esprit de son auteur. Or, la procédure mise en oeuvre, pour ne pas empêcher une saisine d'un juge, a en tous les cas pour but de l'éviter (40)...

Les personnes reconnues coupables encourent également les peines complémentaires suivantes : « 1° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes (41) ; 2° l'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de citoyenneté ; 3° l'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels ; 4° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes ». Par ailleurs, la peine complémentaire de « travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures » peut simplement être prononcée à l'encontre de l'auteur d'un outrage aggravé.

Enfin, le voyeurisme est désormais, dans une certaine mesure, un comportement incriminé par le biais d'un nouvel article 226-3-1 du code pénal. Préalablement, la « captation » d'image n'étant pas incriminée par l'article 226-1 du code pénal dans le cadre des atteintes portées à la vie privée, il ne pouvait être question de sanctionner pénalement, même s'ils s'avéraient attentatoires à cette dernière, la pratique de la filature ou le comportement du voyeurisme, qu'ils soient effectués avec ou sans appareil ou dispositif technique (42). La solution n'était différente qu'en cas de « fixation » des images - par photo ou par vidéo -, celle-ci étant quant à elle prohibée par le texte.

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

Est donc en cause celui qui va à l'encontre de la volonté d'autrui de dissimuler sa nudité, soit par un vêtement, soit par une cloison, afin d'en apercevoir des parties précises : celles que, précisément, il est d'usage de cacher à tout autre qu'un proche, quel que soit le contexte (sauf, bien sûr, à se dévoiler volontairement). L'infraction est formelle, consommée même à défaut d'avoir vaincu le voile, et sa tentative est, au surplus, punissable (43).

L'article 226-3-1 ajoute que ces faits « sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende : 1° lorsqu'ils sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; 2° lorsqu'ils sont commis sur un mineur ; 3° lorsqu'ils sont commis sur 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 leur auteur ; 4° lorsqu'ils sont commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ; 5° lorsqu'ils sont commis dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ; 6° Lorsque des images ont été fixées, enregistrées ou transmises ».

S'il est besoin de conclure, exprimons simplement un regret : dans notre société, il est certaines questions qui ont évolué et qui, en conséquence, mériteraient d'être repensées avec suffisamment de recul. Tel est le cas de notre rapport à la sexualité, de notre rapport à la communication mais aussi, en un sens, de notre rapport à la pénalité. Il est dommage qu'une fois de plus, le législateur ait manqué l'occasion de mener une réflexion véritablement approfondie sur toutes ces questions.

Notes de bas de page

(1) Étude d'impact, Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, 19 mars 2018, p. 4.

(2) Quelques dispositions concernent par exemple une politique globale de lutte contre les violences sexuelles et sexistes : art. 4, 6, 8, 9, 10, 11, 12, 17 et 18 modifiant les codes civil (art. 1676), de l'action sociale et des familles (L. 114-3 et L. 221-1), de procédure pénale (706-53-7), de la santé publique (L. 1434-2) et de l'éducation (L. 121-1 et L. 312-9), ainsi que la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (art. 6).

(3) V. ainsi L. Saenko et S. Detraz, La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord !, D. 2018. 2031 ; V. Tellier-Cayrol, Loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, des objectifs respectables, une efficacité incertaine, AJ pénal 2018. 400 ; Ph. Bonfils, Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes, JCP 2018. 975 ; C. Claverie-Rousset, Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes, Dr. pénal 2018. Étude 23. À ces commentaires du résultat, il faut au surplus ajouter les nombreuses réflexions suscitées par le projet lui-même. V. par ex. A. Darsonville, Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles, AJ pénal 2017. 532 ; L. Saenko, Les agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans ou les vicissitudes du non-consentement présumé, D. 2018. 1200 .

(4) Art. 19 de la loi.

(5) C. pr. pén., anc. art. 9-1, al. 1er. À noter que l'art. 222-12, relatif aux violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours, et qui était également concerné par ces règles dérogatoires de prescription, n'entre pas, quant à lui, dans la liste de l'art. 706-47. Il n'en demeure pas moins soumis à un régime dérogatoire, l'art. 8, al. 3, C. pr. pén. précisant que « l'action publique des délits mentionnés aux articles 222-12, 222-29-1 (délit d'agressions sexuelles autres que le viol) et 227-26 (atteinte sexuelle aggravée) du même code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par vingt années révolues à compter de la majorité de ces derniers ».

(6) C. pr. pén., art. 8, al. 2.

(7) C'est du moins ce qu'a considéré l'Ass. plén. de la Cass. : « Attendu que la prescription de l'action publique ne revêt pas le caractère d'un principe fondamental reconnu par les lois de la République et ne procède pas des articles 7 et 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, ni d'aucune disposition, règle ou principe de valeur constitutionnelle » (Ass. plén. 20 mai 2011, 4 arrêts, nos 11-90.025, 11-90.032, 11-90.033 et 11-90.042, Bull. Ass. plén., nos 5 à 8). Le Conseil d'État le rappelle dans son avis n° 394.437 donné le 15 mars 2018 : « Ni la Constitution, ni la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne comportent de disposition relative à la prescription en matière pénale » (n° 9).

(8) Sauf à prendre en compte le principe d'égalité, comme cela a pu être fait en droit de la presse, mais c'est peu probable : v. Cons. const. déc. n° 2013-302 QPC du 12 avr. 2013, consid. 6, D. 2013. 1526 , note E. Dreyer ; AJ pénal 2013. 410, obs. J.-B. Perrier ; Constitutions 2013. 248, obs. D. de Bellescize ; RSC 2013. 910, obs. B. de Lamy .

(9) V. Ph. Bonfils, Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes, préc. note 2.

(10) Crim. 7 avr. 2009, n° 09-80.655 ; Dr. pénal 2009. Comm. 91, obs. M. Véron.

(11) C. pén., nouvel al. 3 de l'art. 223-6.

(12) Le débat a, semble-t-il, fait l'impasse sur la question des relations sexuelles entre mineurs, la moitié des condamnations pour viol sur mineur de quinze ans ayant pourtant pour auteurs des personnes elles-mêmes mineures au moment des faits : v. M. Mercier, Protéger les mineurs victimes d'infractions sexuelles, Rapp. Sénat, n° 289, 7 févr. 2018, p. 16.

(13) Avis préc. note 6, nos 22 s.

(14) Le Sénat avait proposé de faire de la pénétration une cause d'aggravation de l'atteinte sexuelle, mais l'hypothèse n'a finalement pas été consacrée.

(15) C. pén., nouv. art. 227-25 L'aggravation, également prônée dans une autre mesure par le Conseil d'État (avis préc. note 6, n° 28), a sans doute pour objet de compenser l'absence de consécration d'une présomption de non-consentement du mineur (v. ce qui suit). De même, de façon superfétatoire mais prophylactique, le code de procédure pénale a été enrichi de deux nouveaux articles, le premier (nouvel art. 351) précisant que, « s'il résulte des débats que le fait comporte une qualification légale autre que celle donnée par la décision de mise en accusation, le président pose une ou plusieurs questions subsidiaires. Lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime, le président pose la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violences ou d'une contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats ». Le second (nouvel art. 351-1) ajoute que « le président ne peut poser une ou plusieurs questions prévues aux articles 350 ou 351 que s'il en a préalablement informé les parties au cours des débats et au plus tard avant le réquisitoire, afin de permettre à l'accusé et à son avocat de faire valoir toutes les observations utiles à sa défense ». On peut y voir une forme de hiérarchie imposée dans le traitement des qualifications : en ce sens, L. Saenko et S. Detraz, La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord !, préc. note 2, n° 6.

(16) Avis préc. note 6, nos 26 s.

(17) V., sur ce point, L. Saenko et S. Detraz, La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord !, préc. note 2, nos 10 s.

(18) Décis. n° 2014-448 QPC du 6 févr. 2015, consid. 7, D. 2015. 324 ; ibid. 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2015. 248, note E. Dreyer ; RSC 2015. 86, obs. Y. Mayaud .

(19) Crim. 15 avr. 2015, n° 14-82.172, Bull. crim. n° 93 ; AJ pénal 2015. 421, obs. A. Darsonville .

(20) V., en ce sens, circulaire CRIM/2018-10/H2-03.09.2018 : « En pratique, du fait de cette référence à la notion de discernement nécessaire, les qualifications de viol ou d'agression sexuelle devraient normalement être retenues à chaque fois que seront victimes d'atteintes sexuelles les mineurs les plus jeunes ». La circulaire précise aussi que « c'est le discernement nécessaire pour

accomplir un acte sexuel qui doit être recherché, et non pas le discernement du mineur en général ou portant sur d'autres aspects de la vie en société ».

(21) En ce sens, v. encore circulaire CRIM/2018-10/H2-03.09.2018.

(22) Crim. 21 oct. 1998, n° 98-83.843, Bull. crim. n° 274 ; D. 1999. 75 , note Y. Mayaud ; ibid. 155, obs. M.-H. Gozzi ; JCP 1998. II. 10215, note D. Mayer ; Crim. 22 août 2001, n° 01-84.024, D. 2002. 1803 , obs. M.-H. Gozzi .

(23) V. art. 222-24, 14° (viol), 222-28, 10° (autres agressions sexuelles) et 222-33, 7° (harcèlement sexuel) C. pén., mais aussi art. 222-33-2-1 et 222-33-2-2, 5° (harcèlement moral autre qu'au travail) C. pén.

(24) V. art. 222-24, 3° bis (viol) et 222-29 (autres agressions sexuelles) C. pén. Cette circonstance aggravait déjà le harcèlement sexuel : C. pén., art. 222-33, III, 4°

(25) V. art. 222-24, 15° (viol), 222-28, 11° et 222-30, 8° (autres agressions sexuelles) C. pén. - Les autres agressions sexuelles peuvent aussi être aggravées lorsqu'elles ont entraîné « une blessure, une lésion ou une incapacité totale de travail supérieure à huit jours » (art. 222-28, 1°). Sur le même terrain, bien que plus généralement, la définition de la circonstance aggravante de commission par un compagnon ou ex-compagnon précise désormais que leur absence de cohabitation est indifférente : C. pén., art. 132-80.

(26) C. pén., art. 222-31.

(27) Il n'est peut-être pas anodin de souligner que le harcèlement sexuel est l'une des seules incriminations - la seule ? - à être passée sous les fourches caudines du Conseil constitutionnel : décis. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, AJDA 2012. 1490, étude M. Komly-Nallier et L. Crusoé ; D. 2012. 1372 , note S. Detraz ; ibid. 1177, édito. F. Rome ; ibid. 1344, point de vue G. Roujou de Boubée ; ibid. 1392, entretien C. Radé ; ibid. 2917, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et T. Potaszkin ; ibid. 2013. 1026, obs. P. Lokiec et J. Porta ; ibid. 1235, obs. REGINE ; ibid. 1584, obs. N. Jacquinot et A. Mangiavillano ; AJ pénal 2012. 482, obs. J.-B. Perrier ; Dr. soc. 2012. 714, note B. Lapérou-Scheneider ; ibid. 720, chron. R. Salomon et A.

Martinel ; ibid. 944, obs. L. Lerouge ; RSC 2012. 371, obs. Y. Mayaud ; ibid. 380, obs. A. Cerf-Hollender ; ibid. 2013. 436, obs. B. de Lamy .

(28) Criterium de la coaction selon E. Baron : La coaction en matière pénale, thèse Bordeaux, 2012.

(29) C. pén., art. 222-33, III, 6°.

(30) N'y figure par ailleurs, en effet, que le recours à la prostitution : art. 611-1. Rappelons, à cet égard, ce que le Cons. const. a précisé dans sa décis. n° 82-143 DC du 30 juill. 1982 (consid. 11) : « par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en oeuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiétements de la loi ».

(31) C. Saas, Harcèlement de rue ou le droit à être dans l'espace public, Gaz. Pal. 30 avr. 2018, n° 16, p. 81 ; M.-L. Rassat, Harcèlement de rue. De la création d'un « outrage sexiste et sexuel », Dr. pénal 2018. Étude 7 ; V. Tellier-Cayrol, Non à l'outrage sexiste, D. 2018. 425 ; Réflexions sur la contravention d'outrage sexiste. À propos de l'article 4 du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, Dalloz actualité, Le droit en débats, 14 mai 2018 ; A. Darsonville, Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles, préc. ; J.-C. Planque, Ne créez pas le délit d'outrage sexiste !, JCP 2017. 1314 ; J. Charruau, Le « sexisme » : une interdiction générale qui nous manque ?, RD publ. 2017, n° 3, p. 765.

(32) Violences, au surplus, qui peuvent précisément être motivées par un mobile sexiste : art. 222-13, 5° ter.

(33) V. plus haut.

(34) V. N. Droin, Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynes) à l'épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, RSC 2017. 481 .

(35) C. pr. pén., art. 21.

(36) C. transp., art. L. 2241-1.

(37) Circulaire CRIM/2018-10/H2-03.09.2018, préc. note 21.

(38) C. pén., art. 131-13.

(39) V. à cet égard C. pr. pén., art. 529 s.

(40) La première condamnation pour outrage sexiste a été associée à une condamnation pour agression sexuelle, les faits ayant eu lieu dans un bus. Elle a été prononcée par le tribunal correctionnel d'Évry le 25 sept. 2018, la juridiction ayant retenu une peine de neuf mois d'emprisonnement, dont six avec sursis assorti d'une mise à l'épreuve (notamment avec une obligation de soins), pour l'agression sexuelle, et une peine de 300 € pour l'outrage.

(41) Cette peine complémentaire pouvant être prévue pour d'autres contraventions : C. pén., art. 131-16, 9° ter L'obligation peut aussi constituer l'une des mesures alternatives au classement sans suite (C. pr. pén., art. 41-1) ou aux poursuites (C. pr. pén., art. 41-2).

(42) Par ex. des jumelles. V. Crim., 23 août 1994, Bull. crim. n° 291, où la Cour de cassation rejette un pourvoi contre un arrêt ayant décidé que « c'est à bon droit que le Tribunal a estimé qu'une surveillance à l'aide d'une jumelle n'entraîne pas dans le champ d'application de l'article 368 du code pénal aux termes duquel l'atteinte à l'intimité de la vie privée est caractérisée par l'enregistrement ou la transmission au moyen d'un appareil quelconque d'images ou de paroles d'une personne se trouvant dans un lieu privé, sans le consentement de celle-ci ». Aujourd'hui, c'est évidemment le téléphone portable qui serait le plus susceptible d'être l'instrument de telles pratiques.

(43) C. pén., art. 226-5