

LISTE DES ABREVIATIONS

D. : Recueil Dalloz

JCP G : La semaine juridique, édition générale

AJ Pénal : Actualité juridique Pénal

Droit pénal : Revue Droit pénal, LexisNexis

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

RSC : Revue de science criminelle et de droit pénal comparé

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation

CPP : Code de procédure pénale

CJPM : Code de la justice pénale des mineurs

SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
Partie 1 - De l'incohérence de la caractérisation du défaut de consentement du mineur à un acte sexuel	10
Chapitre 1 - L'échec de la fonction symbolique de la loi en matière de violences sexuelles sur mineurs	10
Section 1 - L'absence d'analogie entre le droit des infractions sexuelles et les autres matières traitant des mineurs	11
Section 2 : L'absence de définition juridique du consentement du mineur à un acte sexuel	18
Chapitre 2 : L'échec de la fonction répressive de la loi en matière de violences sexuelles sur mineurs	35
Section 1 : La preuve du défaut de consentement du mineur à un acte sexuel ou <i>probatio diabolica</i>	35
Section 2 : La répression insuffisante des infractions de violences sexuelles sur mineurs	45
Partie II : De l'opportunité d'instaurer des infractions sexuelles autonomes sur mineurs nonobstant leur consentement	61
Chapitre 1 : L'opportunité répressive de créer des infractions sexuelles autonomes sur mineurs	61
Section 1 : L'assouplissement de la preuve des infractions sexuelles sur mineurs par l'exclusion des questions de consentement	62
Section 2 : La volonté réaffirmée d'étendre les délais de prescription de l'action publique en matière d'infractions sexuelles sur mineurs	73
Chapitre 2 : L'exclusion partielle des questions de consentement du mineur à un acte sexuel avec un majeur par la loi du 21 avril 2021	82
Section 1 : Une réponse à la volonté de l'opinion publique majoritaire d'une meilleure prise en considération des mineurs victimes d'infractions sexuelles	82
Section 2 : Une meilleure défense de l'intégrité physique et psychique du mineur victime d'infractions sexuelles	92
CONCLUSION	102

INTRODUCTION

« Très souvent, dans les cas d'abus sexuel ou d'abus de faiblesse, on retrouve un même déni de réalité : le refus de se considérer comme une victime. Et, en effet, comment admettre qu'on a été abusé, quand on ne peut nier avoir été consentant ? »¹. Par ces mots, Vanessa Springora dépeint la difficulté de prouver l'abus sexuel sur mineur, par les difficultés afférentes à la notion de « consentement ». Le 2 janvier 2020, elle publie *Le consentement*², un roman autobiographique, dans lequel elle prétend avoir vécu et subi, à l'âge de 14 ans, une relation avec l'auteur Gabriel Matzneff³ âgé d'une cinquantaine d'années à l'époque. Cette citation permet également d'illustrer, un an plus tard, l'arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation rendu le 17 mars 2021⁴, dans lequel une jeune fille accuse plusieurs pompiers de l'avoir contrainte à des actes sexuels⁵. En raison du manque de preuve du défaut de consentement de la plaignante, âgée de 13 à 15 ans au moment des faits, les juges du quai de l'Horloge ont confirmé la requalification des faits dénoncés comme des viols et agressions sexuelles en atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans⁶, « sans violence, contrainte, menace, ni surprise »⁷. L'opinion publique s'insurge, à nouveau, du débat juridique ayant lieu autour des questions de consentement et de discernement de la victime, malgré son jeune âge⁸, dénonçant partant un manque de protection des mineurs victimes de violences sexuelles.

Selon le dictionnaire de l'Académie française, consentir signifie « *Donner son accord, son adhésion à ; ne pas s'opposer à.* »⁹ Le consentement y est alors défini comme l'« *Action d'accepter, de donner son accord ; résultat de cette action.* »¹⁰ Le dictionnaire juridique de Gérard Cornu définit le consentement comme une « *Adhésion donnée d'avance par une personne à une infraction sauf si celle-ci exige pour sa constitution une fraude ou une violence. Ex : vol, viol, enlèvement.* »¹¹. En droit civil, le consentement des parties est une

¹ SPRINGORA V., *Le consentement*, Grasset, 2020, 216 pages

² *Ibid.*

³ ROUSSEAU C., « Avec Le Consentement, Vanessa Springora dépeint les ressorts de l'emprise », *Le Monde*, 10 janvier 2020

⁴ Crim., 17 mars 2021, pourvoi n°20-86.318

⁵ CHOLLET M., « Affaire Julie : atteinte sexuelle sur mineur et abus de vulnérabilité de la victime », *Dalloz actualité*, n°1, avril 2021

⁶ *Ibid.*

⁷ Crim., 17 mars 2021, pourvoi n°20-86.318

⁸ V. en ce sens « Affaire Julie : la Cour de Cassation rejette la requalification des « atteintes sexuelles » en « viol » », *L'obs*, 17 mars 2021 ;

CORDIER S., « Affaire « Julie » : les pompiers ne seront pas jugés pour viol », *Le Monde*, 17 mars 2021

⁹ Dictionnaire de l'Académie française, tome 1 (de A à Enzyme), 9^e édition, Imprimerie nationale/Fayard, 1992

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020

condition nécessaire à la validité des actes¹². L'article 414-1 du code civil pose le principe selon lequel pour être consentant, il faut être sain d'esprit¹³. Le consentement à un contrat est alors vicié, dans cette matière, en cas d'erreur, de dol ou de violence, lorsqu'ils sont « *de telle nature que, sans eux, l'une des parties n'aurait pas contracté ou aurait contracté à des conditions substantiellement différentes.* »¹⁴. En droit pénal français, l'absence de consentement aux actes sexuels est caractérisée lorsque l'auteur fait usage, pour parvenir à ses fins, de violence, menace, contrainte ou surprise¹⁵. Depuis 2011, la France est partie à la convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique¹⁶. Si ce traité vise la protection des femmes, et non pas spécialement des mineurs, il impose aux parties en son article 7 alinéa 2 de prendre « *les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale, lorsqu'ils sont commis intentionnellement : la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet ; les autres actes à caractère sexuel non consentis sur autrui ; le fait de contraindre autrui à se livrer à des actes à caractère sexuel non consentis avec un tiers.* »¹⁷. La convention définit alors le consentement, à l'alinéa 2 du même article, comme un acte « *donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes* »¹⁸. Cependant, le mot « consentement » *in extenso* ne figure dans aucun texte du code pénal français alors même que son absence est un élément matériel des infractions de viol et d'agression sexuelle¹⁹, devant impérativement être prouvée. Les infractions sexuelles sont des infractions d'atteinte aux personnes, qui se situent dans le livre II du Code pénal « Des crimes et délits contre les personnes », portant atteinte à l'intégrité physique et psychique, et, *a fortiori*, à l'intégrité sexuelle. Valérie Malabat définit les infractions sexuelles comme regroupant « *toutes les infractions qui portent atteinte ou tentent de porter atteinte à la liberté sexuelle de la victime, mais aussi, les comportements qui peuvent outrager en raison de leur connotation sexuelle* ».²⁰ En parallèle, il existe des infractions sexuelles spécifiques aux

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

¹³ Article 414-1 du code civil : « *Pour faire un acte valable, il faut être sain d'esprit. C'est à ceux qui agissent en nullité pour cette cause de prouver l'existence d'un trouble mental au moment de l'acte.* »

¹⁴ Article 1130 alinéa 1 du code civil

¹⁵ Articles 222-22 et 222-23 du code pénal

¹⁶ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, 12 avril 2011

¹⁷ *Ibid.*, article 7 alinéa 1

¹⁸ *Ibid.*, article 7 alinéa 2

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Hypercours, Dalloz, 8^e éd, 2018, 672 pages

victimes mineures, qualifiées d'atteintes sexuelles sur mineurs²¹. Considérées comme mettant en péril ceux-ci seulement en raison de leur âge et en dehors de tout exercice de violence, menace, contrainte ou surprise, la preuve de l'absence de consentement n'a donc pas à être rapportée pour les qualifier²². On parlera alors, pour nommer les infractions sexuelles étudiées, de « violences sexuelles » lorsque l'absence de consentement du mineur est requise, et « d'atteintes sexuelles » lorsque le consentement ou son défaut ne sont pas pris en considération. La loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste²³ est venue confondre ces deux catégories d'infraction en intégrant en droit français deux nouveaux crimes de viols et deux nouveaux délits d'agressions sexuelles pour lesquels l'absence de consentement du mineur de quinze ans, ou de dix-huit ans en cas d'inceste, ne fait plus partie des éléments constitutifs des infractions. Le mineur en droit pénal s'entend, comme en droit civil²⁴, de la personne née vivante et viable qui, au moment des faits, a moins de dix-huit ans²⁵. Toutefois, dans un certain nombre d'articles, et notamment pour les atteintes sexuelles²⁶ et les nouvelles infractions de viol et agression sexuelle sur mineur²⁷, il est question de victime âgée de moins de quinze ans, qu'on appellera « mineurs de quinze ans ». La minorité de la victime, qu'elle soit de dix-huit ou de quinze ans, est prise en compte au moment des faits commis, peu important que ces mineurs soient devenus majeurs au moment où le jugement ait été rendu ou encore au moment où l'action publique ait été engagée.

Les infractions sexuelles regroupent alors, comme indiqué *supra*, les atteintes à l'intégrité sexuelle ainsi que les outrages sexuels²⁸. Nous exclurons de l'étude les outrages afin de n'aborder que les infractions induisant un rapport sexuel, quel qu'il soit. Le harcèlement sexuel, qualifié par « *le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle ou sexiste qui soit portent atteinte à sa dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant, soit créent à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante* »²⁹, non spécifique aux victimes mineures, et constituant davantage une atteinte à l'intégrité psychique qu'une atteinte à l'intégrité sexuelle, ne sera pas évoqué. Il en va de même pour les infractions prévues dans le Chapitre VII du Titre II du Livre II du code

²¹ Articles 227-25 et suivants du code pénal

²² *Ibid.*

²³ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

²⁴ Article 414 du code civil : « *La majorité est fixée à dix-huit ans accomplis ; à cet âge, chacun est capable d'exercer les droits dont il a la jouissance.* »

²⁵ BONFILS P. GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Précis, Dalloz, 2e éd, 2014

²⁶ Article 227-25 du code pénal

²⁷ Articles 222-23-1 et 222-29-2 du code pénal

²⁸ MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Hypercours, Dalloz, 8e éd, 2018, 672 pages

²⁹ Article 222-33 du code pénal

pénal, portant sur les atteintes aux mineurs et à la famille, qui ne comportent pas dans leurs éléments matériels une relation sexuelle *stricto sensu*. Partant, la corruption de mineurs, qui est « *le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur* »³⁰, ou le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans³¹, ou encore la pédopornographie³² sont exclus du raisonnement. Soucieuse d'adapter la répression et la protection des mineurs aux nouveaux procédés de la criminalité, la loi du 21 avril 2021³³ est venue ajouter à cet arsenal répressif un délit de « *sextorsion* », constitué par le fait « *pour un majeur d'inciter un mineur, par un moyen de communication électronique, à commettre tout acte de nature sexuelle, soit sur lui-même, soit sur ou avec un tiers, y compris si cette incitation n'est pas suivie d'effet* »³⁴. Ce nouveau délit ne fera pas l'objet d'une étude lors du développement dans la mesure où le rapport sexuel n'est ici qu'une éventualité, tandis que l'incitation est le réel élément matériel central de l'infraction. Il est alors évident que le délit de non-dénonciation d'agression ou d'atteinte sexuelle sur mineur, constitué par « *Le fait, pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur (...), 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* »³⁵, ne sera pas non plus étudié puisque celui-ci, bien que primordial dans la mise en œuvre de la répression des infractions sexuelles sur mineurs, est présenté comme défendant davantage l'autorité de l'état, et notamment l'action en justice, en raison de sa place dans le code pénal, dans le Livre IV portant sur les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique. Seront alors seulement traitées les infractions de viol, d'agression sexuelle et d'atteinte sexuelle sur mineur. Le mineur dans le droit pénal peut être étudié en tant qu'auteur et en tant que victime, il ne sera question ici d'étudier que des cas où le mineur est victime d'infractions sexuelles. Pour ce qui est de l'auteur de ces infractions, le propos principal portera sur les cas où celui-ci est un majeur, puisqu'il s'agit du cas de figure qui suscite et réveille aujourd'hui le plus grand intérêt, tant de l'opinion publique que des pouvoirs exécutif et législatif.

³⁰ Article 227-22 du code pénal

³¹ Article 227-22-1 du code pénal

³² Articles 227-23, 227-24, 227-24-1

³³ Article 5, Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

³⁴ Article 227-22-2 du code pénal

³⁵ Article 434-3 du code pénal

La loi du 3 août 2018 contre les violences sexuelles et sexistes³⁶ témoigne plus que jamais de la volonté du législateur de lutter contre ce type de violences, conformément à la réaction sociale engendrée par un certain nombre d'affaires judiciaires à ce sujet. A titre d'exemple, en octobre 2017, le parquet de Pontoise requalifie une plainte de viol en atteinte sexuelle alors que la mineure était âgée de 11 ans et l'auteur présumé de 28 ans³⁷. Le 12 novembre 2017 le quotidien *Le Monde* publie un article relayant que la Cour d'assises de Melun a acquitté un homme, âgé de 22 ans lors des faits en août 2009, accusé d'avoir violé une fille de 11 ans en raison de l'absence de preuve du défaut de consentement de celle-ci³⁸. Ces décisions, entre autres, furent largement critiquées par l'opinion publique comme témoignant des failles de la loi en la matière, ne permettant pas une protection optimale des mineurs victimes d'infractions sexuelles. La libération de la parole des femmes victimes de violences et harcèlements sexuels, engendrée par le mouvement « #BalanceTonPorc », en France, et « #MeToo », aux Etats-Unis, a accéléré le débat et la loi du 3 août 2018³⁹ modifie le Code pénal en prenant en compte, seulement en partie, les critiques soulevées par la société. Toutefois, un rapport dirigé par la députée Alexandra Louis⁴⁰, publié en décembre 2020 et visant à évaluer ce texte, met en évidence que les évolutions apportées par la loi dite Schiappa⁴¹, du nom de l'ancienne secrétaire d'état à l'égalité homme femme⁴², ne sont toujours pas satisfaisantes, en ce que la loi n'a pas permis de marquer « *un interdit assez fort dans la loi pénale et ouvre encore trop le débat autour du consentement* »⁴³. De surcroît, la publication du livre *La familia grande*⁴⁴ par Camille Kouchner en janvier dernier relance les débats au sujet des mineurs victimes de crimes et délits sexuels, notamment autour de l'inceste. S'en suit la création du hashtag « #MeTooInceste », à l'occasion duquel des victimes de ces faits racontent, sur les réseaux sociaux, ce qu'elles ont subi⁴⁵. Il est alors largement fait état de l'incapacité de notre législation à protéger suffisamment les mineurs victimes de violences sexuelles, et plus particulièrement incestueuses. En novembre 2020, une enquête menée par l'association « Face à l'enfance »

³⁶ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

³⁷ « Un adulte jugé pour « atteinte sexuelle » et non pas pour « viol » sur une fille de 11 ans », *Le Monde* avec AFP, 26 septembre 2017

³⁸ « Une cour d'assises acquitte un homme accusé d'avoir violé une fille de 11 ans », *Le Monde* avec AFP, 11 novembre 2017

³⁹ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁴⁰ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020

⁴¹ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁴² Aujourd'hui Marlène Schiappa est Secrétaire d'Etat chargée de la citoyenneté, depuis 2018

⁴³ *Op. cit.*, p. 12

⁴⁴ KOUCHNER C., *La familia grande*, Seuil, 2021, 203 pages

⁴⁵ EQUY L., PILORGÉT-REZZOUK C., « #MeTooInceste, une onde de choc qui agite le Parlement », *Libération*, 20 janvier 2021

faisait le constat consternant que 6,7 millions de français seraient victimes de violences sexuelles incestueuses, soit un français sur dix⁴⁶. De nombreuses associations de protection de l'enfance, telles que ACPE, COFRADE et Coup de pouce, ont dénoncé le droit en vigueur et ont alerté le gouvernement sur la nécessité d'établir une présomption de non-consentement des mineurs⁴⁷. Lorsque l'on s'attarde sur les législations de nos voisins européens, et notamment en Allemagne, en Angleterre et au pays de Galles, en Belgique, au Danemark, en Espagne, aux Pays-Bas et au Portugal, il en résulte que, depuis 2004, l'ensemble de ces pays européens présument une absence de consentement selon l'âge du mineur, variant de 13 à 16 ans⁴⁸. Par ailleurs, depuis 2007 la France est partie à une convention du Conseil de l'Europe relative à la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels⁴⁹. Le préambule de celle-ci pose le principe selon lequel « *tout enfant a droit, de la part de sa famille, de la société et de l'Etat, aux mesures de protection qu'exige sa condition de mineur* »⁵⁰ tout en rappelant que « *le bien-être et l'intérêt supérieur des enfants sont des valeurs fondamentales partagées par tous les Etats membres et doivent être promus sans aucune discrimination* »⁵¹. Ceci entraîne d'autant plus d'interrogations quant à la pertinence de la législation française en la matière. En effet, les chiffres du ministère de l'intérieur recensent, pour l'année 2019, environ 7 000 plaintes auprès de la police et de la gendarmerie, pour viols sur mineurs. Les enquêtes de victimisation, elles, présentent des chiffres davantage élevés. En 2018, l'association Mémoire Traumatique et Victimologie, avec le soutien de l'UNICEF, publie le résultat d'une enquête réalisée entre mars et septembre 2014 sur le territoire national. Il en ressort que sur 1 214 victimes de violences sexuelles, 81% étaient mineures au moment des faits⁵² ; 50% de celles-ci affirment avoir subis ces agressions lorsqu'elles étaient âgées de moins de 11 ans⁵³, et pour 20% d'entre elles moins de 6 ans⁵⁴. En parallèle, les chiffres des condamnations pour ces faits sont très faibles⁵⁵. Le rapport d'information de la sénatrice Marie Mercier, visant à protéger

⁴⁶ « Un Français sur dix a déjà été victime d'inceste, un sujet qui reste encore tabou », Europe 1, 19 novembre 2020

⁴⁷ Coup de pouce, COFRADE, ACPE, « 11 ans et consentante : les failles de la justice française », 9 février 2018, www.cdpenfance.fr

⁴⁸ Rapport du Sénat : « Les infractions sexuelles commises sur les mineurs, étude de législation comparée », mars 2004

⁴⁹ Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, Lanzarote, 2007

⁵⁰ *Ibid.*, préambule

⁵¹ *Ibid.*

⁵² LE BRETON M., « Violences sexuelles : 81% des victimes sont des mineurs, 94% des agresseurs sont des proches, selon une enquête soutenue par l'UNICEF », Huffington Post, 1 mars 2015

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ LE DEVEDEC B., « Agressions sexuelles sur mineurs : l'illusion d'impunité face aux statistiques et au droit », *Dalloz actualité*, 28 avril 2021

les mineurs victimes d’infractions sexuelles, met en exergue qu’en 2016, seulement 396 condamnations ont été prononcées à l’encontre de majeur pour des faits de viol sur mineurs de quinze ans⁵⁶, 2 222 pour agression sexuelle sur mineur de quinze ans⁵⁷ et 192 pour atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans⁵⁸. Le constat est d’autant plus sinistre que les infractions sexuelles intra-familiales représentent, par ailleurs, une partie importante de ces chiffres ; 134 condamnations ont été prononcées en 2016 pour viol commis par un ascendant ou une personne ayant une autorité de droit ou de fait sur la victime⁵⁹ et 108 pour les agressions sexuelles⁶⁰. Le gouvernement ainsi que le législateur, non insensibles aux critiques à cet égard, ont, une énième fois, réagi. Le 21 avril 2021 fut alors adoptée une proposition de loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste⁶¹, dont l’exposé des motifs débute par un aveu de faiblesse du droit existant, en affirmant que ce nouveau texte « *tire les conséquences des insuffisances de notre législation pour protéger les jeunes mineurs victimes de crimes sexuels* »⁶².

L’enjeu de ce sujet réside dans le fait de savoir si, comme le soutient l’opinion publique, les mineurs manquent effectivement de protection juridique en la matière, et si la prise en compte de leur consentement est satisfaisante. S’opposent deux visions pour renforcer l’arsenal législatif en la matière ; d’une part les défenseurs de l’instauration d’une présomption de défaut de consentement du mineur, d’autre part les défenseurs de l’instauration de nouvelles infractions sexuelles sur mineurs autonomes, excluant toute considération du consentement de ceux-ci à un acte sexuel avec un majeur. Est alors mise en avant la protection de plusieurs valeurs, notamment la défense de l’intégrité physique et psychique des mineurs ou encore de leur liberté sexuelle. Le débat sur l’instauration d’une présomption d’absence de consentement des mineurs aux relations sexuelles avec des majeurs soulève plusieurs questions d’ordre pratique et théorique. D’une part, l’article 9 de la DDHC pose comme principe constitutionnel la présomption d’innocence, en affirmant que « *Tout homme [est] présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable* ». Ainsi, toute la procédure pénale, et notamment la preuve des infractions, est orientée autour du principe *actori incombit probatio* selon lequel la charge

⁵⁶ Marie Mercier, Rapport d’information visant à protéger les mineurs victimes d’infractions sexuelles, n°289, 2017-2018, p. 17

⁵⁷ *Ibid.*, p. 18

⁵⁸ *Ibid.*, p. 19

⁵⁹ *Ibid.*, p. 17

⁶⁰ *Ibid.*, p. 18

⁶¹ Loi n° 2021-478, 21 avril 2021, visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste

⁶² Exposé des motifs, Proposition de loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste, Texte n° 158 (2020-2021), Mme Annick BILLON, déposé au Sénat le 26 novembre 2020, p. 1

de la preuve incombe à la partie demanderesse. Or, instaurer une présomption de non-consentement du mineur exonérerait la demande de rapporter cet élément. En outre, d'un point de vue pratique, et surtout hypothétique, cette facilité de preuve pourrait encourager les plaintes mensongères. D'autre part, la création de nouvelles infractions sexuelles autonomes sur mineurs pourrait se heurter au principe de nécessité de la loi pénale, imposé par l'article 8 de la DDHC, disposant « *La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* », au regard des circonstances aggravantes ainsi que de l'infraction d'atteinte sexuelle préexistantes⁶³. En outre, il convient de souligner que la minorité recouvre plusieurs périodes de la vie, pouvant être découpée en distinguant l'enfance, la préadolescence et l'adolescence, au cours desquelles le mineur n'a pas la même approche, vision, ni idée, de la sexualité. Or ces solutions proposées imposent chacune de déterminer un seuil d'âge en dessous duquel, soit le mineur sera présumé non consentant, soit l'acte sexuel avec un majeur sera prohibé. Evidemment, il semble totalement incohérent de ne serait-ce qu'envisager le consentement d'un nouveau-né, d'un nourrisson ou encore d'un enfant, mais lorsqu'arrive l'âge de l'adolescence, et parfois même de la préadolescence, la question peut légitimement être posée. Cependant, comment fixer un âge ? La majorité sexuelle ne relève pas du droit mais des mœurs. Si on se fie à l'âge moyen auquel les adolescents ont leur premier rapport sexuel on se rend compte que celui-ci est fluctuant selon les périodes. Ainsi par exemple, en 1940, l'âge médian des femmes ayant eu une expérience sexuelle était de 22 ans⁶⁴, contre 17 ans en 2005⁶⁵. En 2014, la moyenne d'âge du premier rapport sexuel pour les filles et les garçons était de 16 ans⁶⁶. Cet âge variant fortement au fil du temps et des époques, il semble difficile de le fixer de façon définitive dans la loi. Également, l'écart d'âge entre les deux protagonistes doit avoir de l'importance dans la caractérisation du consentement du mineur dans la mesure où un écart d'âge trop important pourra laisser présumer un abus de vulnérabilité du mineur, tout comme le statut occupé par le majeur ou l'autorité qu'il exerce. Nombre de facteurs sont alors à prendre en compte pour parvenir à une protection qui serait, dans le même temps, optimale et opportune.

Nous questionnerons ainsi la façon dont le consentement du mineur est envisagé en droit pénal français des infractions sexuelles, avant et après la promulgation de la loi du 21 avril 2021

⁶³ *Op. cit.*

⁶⁴ CSF 2006, Barème santé 2010

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Enquête HBSC 2014

visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁶⁷, et nous tenterons de mesurer la protection qu'il en découle, par une évaluation de la répression ainsi que des valeurs défendues en la matière.

Nous démontrerons, pour ce faire, dans un premier temps l'incohérence de la nécessité de caractériser le défaut de consentement du mineur à un acte sexuel avec un majeur (Partie I), pour soutenir, dans un second temps, l'opportunité de créer des infractions sexuelles autonomes sur mineurs, ne prenant en compte ni leur consentement ni le défaut de celui-ci (Partie II), parti pris par la nouvelle loi⁶⁸.

⁶⁷ Loi n° 2021-478, 21 avril 2021, visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste
⁶⁸ *Op. cit.*

Partie 1 - De l'incohérence de la caractérisation du défaut de consentement du mineur à un acte sexuel

En matière de violences sexuelles sur mineurs, le droit antérieur à la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁶⁹ était le même que celui applicable aux victimes majeures. S'appliquaient partant l'article 222-23 pour les viols, et 222-22 et suivants pour les agressions sexuelles, infractions qui, toutes deux, nécessitent la démonstration du défaut de consentement du mineur. En effet, avant la promulgation de loi du 21 avril 2021⁷⁰, le viol était défini 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* »⁷¹. L'infraction d'agression sexuelle reprenait ces éléments, à l'exception de l'acte de pénétration, puisqu'il s'agissait de « *toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise* »⁷². Cette absence de spécificité pour les victimes mineures, ainsi que la recherche de leur défaut de consentement au moment des faits, ont entraîné un échec, d'une part de la fonction symbolique de la loi en la matière (Chapitre 1), d'autre part de sa fonction répressive (Chapitre 2).

Chapitre 1 - L'échec de la fonction symbolique de la loi en matière de violences sexuelles sur mineurs

La fonction symbolique de la loi, ou encore fonction déclarative, ou expressive, peut se définir comme l'expression, par le texte, des valeurs qu'entend défendre, ou protéger, le législateur. Le code pénal français est imprégné de cette fonction, en ce que les infractions y sont classées en fonction des valeurs auxquelles elles portent atteinte. En matière d'infractions sexuelles, avant la loi du 21 avril 2021⁷³, les infractions de violences sexuelles sur mineurs protégeaient les mêmes valeurs que celles commises sur des personnes majeures, puisque les fondements juridiques étaient identiques. Cet état du droit antérieur et son inefficacité découlent de l'absence de définition juridique du consentement des mineurs à un acte sexuel (Section 2), et entraîne une absence d'analogie entre le droit des infractions sexuelles et les autres matières du droit traitant des mineurs (Section 1).

⁶⁹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste
⁷⁰ *Ibid.*

⁷¹ Article 222-23 alinéa 1 du code pénal dans sa version antérieure à la loi

⁷² Article 222-22 alinéa 1 du code pénal dans sa version antérieure à la loi

⁷³ *Op. cit.*

Section 1 - L'absence d'analogie entre le droit des infractions sexuelles et les autres matières traitant des mineurs

On aperçoit en droit français que le législateur n'a pas souhaité corrélérer les notions de consentement du mineur victime avec celle de discernement du mineur délinquant (Paragraphe 1), ni de lier en droit pénal la notion de consentement du mineur à sa définition ou à ses limites en droit civil (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : L'absence de corrélation entre le consentement du mineur et son discernement

A l'image de noto de consentement, la notion de discernement a fait l'objet d'un long débat et d'une longue hésitation quant à la fixation d'un seuil d'âge le définissant (*A*), qui ne sera acquise qu'avec l'application du Code de la justice pénale des mineurs (*B*).

A) Une longue hésitation sur le seuil d'âge de discernement du mineur responsable d'une infraction pénale

L'absence de fixation d'un seuil d'âge du mineur délinquant, tout comme l'absence de fixation d'un seuil d'âge de consentement, entraîne une insécurité juridique (2), liée à l'absence de définition légale du discernement (1).

1) L'absence de définition légale du discernement

L'article 122-8 du code pénal dispose en son premier alinéa « *Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables* ». Ainsi, la responsabilité pénale du mineur s'aligne, dans son principe, sur celle des majeurs, et « *rejoint aussi les fondements classiques du droit pénal, tels que dégagés par Beccaria, qui considèrent que le discernement joue sur le libre arbitre, et donc détermine la responsabilité* »⁷⁴. Toutefois, le code pénal ne donne pas de définition du discernement. Dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu, le discernement se définit comme l'« *Aptitude à distinguer le bien du mal qui, apparaissant chez le mineur, à l'âge de raison (question de fait), le rend capable de s'obliger délictuellement.* »⁷⁵ . Le professeur Philippe Bonfils le définit comme « *la faculté de juger et d'apprécier avec justesse, ou encore comme l'aptitude à distinguer le bien du mal* »⁷⁶. Comme l'écrivait en 2012 le Professeur Xavier Pin, « *ce discernement est le résultat d'un processus d'éclosion, différent d'un individu*

⁷⁴ BONFILS P., « Responsabilité pénale des mineurs », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 164

⁷⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020

⁷⁶ BONFILS P., « Le discernement en droit pénal », in GASSIN R., *Mélanges*, PUAM, 2007, p. 97

à l'autre »⁷⁷. L'auteur souligne que ce discernement s'acquierte avec l'âge, et qu'il est impossible d'en fixer une limite en ce qu'il diffère chez chaque individu⁷⁸. Ceci nous oblige à faire, dans le droit, le choix suivant « *1° ou bien laisser aux juges [l'appréciation] de la culpabilité, en permettant de poursuivre tout individu, quel que soit son âge, le droit d'examiner, dans chaque espèce, le discernement du prévenu ; 2° ou bien procéder par présomptions, c'est-à-dire poser des règles générales, qui seront nécessairement fausses dans quelques cas* »⁷⁹, déjà mis en avant par René Garraud en 1895. Xavier Pin affirme alors que le droit français n'a jamais fait de choix tranché et a toujours oscillé entre les deux. En 1810, le code pénal ne fixait aucune présomption et laissait le juge apprécier le discernement et, partant, la culpabilité du mineur⁸⁰. La loi du 22 juillet 1912 sur les tribunaux pour enfants et adolescents et sur la liberté surveillée fixait une présomption irréfragable de non-discernement pour les mineurs de 13 ans, et, pour ceux de 13 à 16 ans, leur culpabilité ne pouvait être prononcée que si leur discernement était prouvé⁸¹. Puis, la notion de discernement disparut avec l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante⁸², mais fut réintroduite dans le droit par la Cour de cassation, dans son célèbre arrêt « *Laboube* » en 1956⁸³. La haute juridiction définit ainsi le discernement comme le fait que l'auteur ait agi « *avec intelligence et volonté* »⁸⁴. Il fallut toutefois attendre la loi du 9 septembre 2002⁸⁵ pour que cette condition soit réinsérée à l'article 122-8 du code pénal, disposant que « *Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables* ».

2) *L'insécurité juridique découlant de cette incertitude*

Le droit pénal français a alors fait le choix de laisser au juge l'appréciation du discernement du mineur. La Chambre criminelle de la Cour de cassation rappelle régulièrement cette exigence de motivation aux juges du fond⁸⁶. Toutefois, sans *minimum*

⁷⁷ PIN X., « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », Gazette du Palais, n°194, 2021, p. 5

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, 5e éd., Paris, 1895, n° 118

⁸⁰ V. ancien code pénal, articles 66 et 67, loi du 23 février 1810

⁸¹ *Op. cit.*

⁸² Ordonnance n°45-174, 2 février 1945, relative à l'enfance délinquante

⁸³ Crim., 13 déc. 1956, « *Laboube* » ; note PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 11e éd., 2018, n°48

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Loi n°2002-1138, 9 septembre 2002, d'orientation et de programmation pour la justice

⁸⁶ V. notamment ; Crim., 14 novembre 2017, pourvoi n°17-80.893 pour un enfant de 5 ans condamné à une contravention ;

MISTRETA P., « Leçons de droit pénal en matière de minorité », LexisNexis, 11 décembre 2017

d'âge fixé par la loi, un enfant de 3 ans pourrait, par exemple, être qualifié de responsable, si tant est qu'un juge réussisse à prouver son discernement. Le Professeur Philippe Bonfils admet qu'*« en pratique, on considère généralement que le discernement est acquis aux alentours de l'âge de sept ans – l'âge de raison – qui était précisément celui que retenait le droit romain. Mais, pour les mineurs comme pour les majeurs, le discernement est susceptible de degrés. »*⁸⁷ Il convient alors de souligner que cela entraîne une forte insécurité juridique. Le professeur Xavier Pin affirme que *« le discernement s'épanouit en règle générale entre 7 et 12 ans. La marge d'incertitude est donc grande et la difficulté pour le juge de conclure à un discernement, au moment de l'acte, l'est tout autant. »*⁸⁸. L'incertitude pour les mineurs de 7 à 12 ans est alors à son paroxysme, et laisse place à de possibles « *extravagances* »⁸⁹ judiciaires. Par exemple, dans plusieurs arrêts⁹⁰ de la Chambre criminelle des mineurs de 10 ans ont été reconnus irresponsables pénallement sur le fondement de l'article 122-8 du code pénal pour défaut de discernement tandis que, au lendemain de l'assassinat de Samuel Paty, plusieurs mineurs du même âge ont été mis en cause pour apologie du terrorisme⁹¹.

On conçoit alors aisément, au regard de la sécurité juridique, qu'il semble opportun de fixer un seuil d'âge de discernement dans le code pénal.

B) L'apport ambigu d'une présomption de discernement par le Code de la justice pénale des mineurs

Le code de la justice pénale des mineurs a finalement réussi à trancher cette question (1) mais il en résulte toutefois une grande incohérence entre le droit des mineurs délinquants et le droit des mineurs victimes qui n'a pas établi de présomption d'absence de consentement (2).

I) La cohérence de la présomption légale de discernement du mineur de 13 ans

La cohérence de l'insertion d'une présomption de discernement du mineur par le CJPM s'illustre d'une part par une définition du consentement conforme à la définition

⁸⁷ BONFILS P., « Responsabilité pénale des mineurs », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 164

⁸⁸ *Op. cit.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ V. notamment ; Crim., 13 décembre 2006, pourvoi n°06-81.379 « *en omettant de constater que le mineur ne jouissait pas à l'âge de dix ans d'un discernement suffisant lui permettant d'apprécier que la victime subissait ses actes sexuels contre son gré, la cour d'appel a procédé par manque de motifs* » ;

Crim., 29 mars 2017, pourvoi n°16-83.345

⁹¹ PEZET J., CONDOMINES A., « Quatre enfants de 10 ans arrêtés à Albertville pour apologie du terrorisme », Libération, 6 novembre 2020

jurisprudentielle (*a*), ainsi que par l’alignement du seuil de discernement du mineur sur celui des peines prononcées à l’encontre des mineurs (*b*).

a) L’insertion d’une définition du discernement conforme à la définition jurisprudentielle

Le 26 février 2021, le législateur ratifie l’ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs⁹². Entre continuité et rupture⁹³ avec l’ordonnance du 2 février 1945, le droit pénal des mineurs fera désormais l’objet d’un code à part entière. La responsabilité pénale de celui-ci va, par cette occasion, être précisée. L’article L11-1 dudit code reprend le même fondement que l’ancien article 122-8 du code pénal, précisant que « *Lorsqu’ils sont capables de discernement, les mineurs, au sens de l’article 388 du code civil, sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils sont reconnus coupables.* » Toutefois, le législateur a souhaité aller plus loin qu’une simple reprise des anciens principes. En effet, par l’article 4 de cette loi⁹⁴, le législateur va finalement poser une définition légale du discernement à l’alinéa 4 de l’article L11-1, disposant qu’« *Est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l’objet.* ». Cette définition permet alors d’éclaircir la responsabilité pénale du mineur et de sortir de l’incertitude précitée. Par ailleurs, on peut souligner que cette définition du discernement correspond à celle donnée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation, qui exige un acte commis avec volonté et intelligence⁹⁵. A cette image, le code de la justice pénale des mineurs exige alors aujourd’hui que l’acte soit commis, compris et voulu.

b) La fixation d’un seuil de discernement aligné au seuil de prononciation des peines à l’encontre des mineurs

Cette clarté est également amenée par le choix fait, au second alinéa de l’article L11-1, de poser une présomption simple de discernement du mineur de plus de treize ans. En effet, l’article dispose « *Les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d’au moins treize ans sont présumés être capables de*

⁹² Loi n°2021-217 du 26 février 2021 ratifiant l’ordonnance n°2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs

⁹³ LAZERGES C., « De l’ordonnance du 2 février 1945 relative à l’enfance délinquante à l’ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », La lettre juridique, n°802, 14 novembre 2019

⁹⁴ Loi n°2021-217 du 26 février 2021 ratifiant l’ordonnance n°2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, article 4

⁹⁵ Crim., 13 déc. 1956, « *Laboube* » ; note PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 11e éd., 2018, n°48

discernement. »⁹⁶. La fixation d'un seuil de discernement à l'âge de treize ans semble cohérente au regard du droit antérieur dans la mesure où l'ordonnance du 2 février 1945⁹⁷ interdisait le prononcé de peine à l'égard de mineurs de 13 ans. Le CJPM reprend ce principe à l'article L11-4 qui dispose « *Aucune peine ne peut être prononcée à l'encontre d'un mineur de moins de treize ans.* » Par cet alignement, le gouvernement et le législateur viennent apporter de la cohérence à la matière.

On peut alors s'interroger sur la raison d'absence de corrélation faite par le législateur entre les mineurs délinquants et les mineurs victimes d'actes sexuels.

2) *L'incohérence entre le droit des mineurs victimes et celui des mineurs délinquants*

Lors de l'entrée en vigueur du Code de la justice pénale des mineurs, persistera une incohérence entre le droit des mineurs délinquants et le droit des mineurs victimes. En effet, l'article L11-1 du Code fixe un seuil de discernement à l'âge de treize ans, cependant, l'article 222-22-1 du Code pénal dispose, depuis la loi Schiappa du 3 août 2018⁹⁸, que lorsque les faits de violence sexuelle sont commis sur un mineur de 15 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* »⁹⁹. Ainsi, le législateur a semblé sous-entendre que les mineurs de quinze ans ne disposent pas d'un discernement assez construit pour consentir pleinement à un acte de nature sexuel. Or, si l'on met ce texte en parallèle avec l'article L11-1 du CJPM, il semblerait que de 13 à 15 ans, le mineur soit assez discernant pour avoir la volonté et la compréhension nécessaire pour répondre d'une infraction en toute connaissance de cause, mais non pour avoir un rapport sexuel. Si l'on peut souligner que cette différence a le mérite d'être protectrice envers les mineurs victimes de violences sexuelles, on peut légitimement se demander pourquoi ne pas avoir choisi dans le code de la justice pénale des mineurs le même seuil que celui existant pour les mineurs victimes. Également, si l'on réussit à poser un seuil de discernement, pourquoi n'a-t-on pas poser un seuil de consentement ? Comment distinguer les notions de discernement et de consentement ? Ne sont-elles pas imbriquées ? A ce titre, Christian Guéry affirme qu'« *il n'y a consentement que lorsqu'il y a*

⁹⁶ Article L11-1 alinéa 2 du CJPM

⁹⁷ *Op. cit.*

⁹⁸ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁹⁹ Article 222-22-1 alinéa 3 du Code pénal : « *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.* »

discernement »¹⁰⁰. Et nous verrons, dans la suite du développement¹⁰¹, que les deux notions s’entremêlent sans pour autant tout à fait s’aligner.

Si ces considérations restent périphériques au sujet ainsi qu’au reste du développement, elles nous permettent de constater que la fixation d’un seuil d’âge n’est jamais aisée pour le législateur, et entraîne nécessairement des incohérences.

Paragraphe 2 : L’absence de corrélation entre le consentement du mineur en droit pénal et en droit civil

L’absence de mimétisme entre le consentement du mineur en droit pénal et en droit civil s’observe notamment par l’absence de corrélation entre le consentement du mineur à un acte sexuel et le consentement du mineur à se marier (*A*), ainsi que le consentement du mineur dans le droit civil des personnes (*B*).

A) *L’absence de corrélation entre le consentement du mineur à un acte sexuel et le consentement du mineur à se marier*

L’article 144 du code civil dispose, depuis le 19 mai 2013, « *Le mariage ne peut être contracté avant dix-huit ans révolus.* » Si aujourd’hui la loi ne distingue plus selon que l’intéressé soit une femme ou un homme, jusqu’à la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs¹⁰², le code civil prévoyait « *L’homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage.* » Cette augmentation du seuil d’âge a notamment eu lieu pour des raisons de protection du consentement des jeunes filles¹⁰³. En effet, l’article 146 du même code dispose qu’il « *n’y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement* ». Or, une multiplication des mariages forcés, et notamment concernant des jeunes femmes, a amené le législateur à se réinterroger sur le consentement de celles-ci au mariage¹⁰⁴. Au-delà de la pression internationale émanant de la Convention des Nations unies sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes¹⁰⁵, imposant aux signataires de garantir « *toutes les mesures appropriées pour éliminer la discrimination à l’égard des femmes dans*

¹⁰⁰ GUERY C., « L’inceste : étude de droit pénal comparé », Recueil Dalloz, 1998, p. 47

¹⁰¹ V. page 27

¹⁰² 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

¹⁰³ VIRIOT-BARRIAL D., « Commentaire 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 », *Recueil Dalloz*, décembre 2006, n°34, p. 2350

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Article 16, Convention des Nations unies sur l’élimination de toutes les formes de discrimination à l’égard des femmes, 18 décembre 1979

*toutes les questions découlant du mariage et dans les rapports familiaux et, en particulier, assurent, sur la base de l'égalité de l'homme et de la femme : a) Le même droit de contracter mariage (...) »¹⁰⁶, le législateur français a voulu prendre les précautions nécessaires pour éviter les mariages non consentis. En effet, l'âge de quinze ans pour les femmes, en plus de créer une inégalité de traitement avec les hommes, ne permettait pas une protection suffisante contre les pressions familiales qui débouchaient, trop souvent, sur un mariage forcé¹⁰⁷, dans lequel la famille choisissait en réalité, à la place de la mineure, son futur époux. En 2006, on estimait que 70 000 femmes n'avaient pas librement consenti à leur mariage¹⁰⁸. La maturité des mineures fut partant prise en compte¹⁰⁹, afin de s'assurer de leur consentement libre et éclairé. Le législateur semble alors sous-entendre qu'avant dix-huit ans les mineurs ne peuvent pas consentir de façon satisfaisante à un mariage, en raison de leur jeune âge. Le droit civil se montre davantage protecteur envers les mineurs que le droit pénal, qui n'a pas tiré de conclusion de cette évolution à l'époque, puisque sera conservé l'âge de quinze ans. Par exemple, l'article 227-25 du Code pénal, dans sa version antérieure à la loi du 21 avril 2021¹¹⁰, disposait « *Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende.* » Également les nouvelles infractions de viol et d'agression sexuelle ne concernent que les mineurs de quinze ans¹¹¹, en dehors des cas d'inceste pour lesquels l'âge de la majorité civile a été retenu. Ainsi, le droit pénal ne fait pas de corrélation entre la maturité nécessaire dont les mineurs ont besoin pour consentir valablement à un mariage et la maturité nécessaire dont les mineurs ont besoin pour consentir valablement à une relation sexuelle.*

La même constatation peut se faire en matière de droit civil des personnes.

B) L'absence de corrélation entre le consentement du mineur à un acte sexuel et le consentement du mineur dans le droit civil des personnes

L'article 345, pour l'adoption plénière, et 360, pour l'adoption simple, du code civil disposent que dès lors que le mineur a plus de treize ans, « *il doit consentir personnellement*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ VIRIOT-BARRIAL D., « Commentaire 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 », *Recueil Dalloz*, décembre 2006, n°34, p. 2350

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ LEROYER A.-M., « Mariage – Couple – Communauté de vie », *RTD Civ.*, juin 2006, n°2, p. 402

¹¹⁰ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

¹¹¹ Articles 222-23-1 et 222-29-2 du code pénal

à l'adoption. »¹¹². Avant la loi du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption¹¹³, cet âge était fixé à quinze ans. Partant, le législateur estime qu'en dessous de l'âge de treize ans, le mineur n'est pas assez discernant pour consentir valablement à son adoption. Également, l'article 60 du code civil dispose « *Si l'enfant est âgé de plus de treize ans, son consentement personnel est requis* » pour changer de prénom. Adeline Gouttenoire explique ainsi que « *L'exigence du consentement du mineur âgé de 13 ans repose sur une présomption de discernement quasi irréfragable* »¹¹⁴. On constate partant, en droit civil, un lien entre incapacité à consentir et défaut de discernement. En effet, il semblerait que dans cette matière, l'absence de discernement du mineur entraîne de façon systématique une impossibilité à consentir, fortement reliée à son jeune âge. Toutefois, le droit pénal refuse cette corrélation. En effet, l'article 222-22-1 du code pénal pris en son 3^{ème} alinéa dispose « *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 tout en affirmant que le mineur de quinze puisse connaître des failles dans son discernement, le code pénal, nous le verrons dans la suite du développement, contrairement au droit civil, exigeait tout de même de prouver son absence de consentement à un acte sexuel avant la loi du 21 avril 2021¹¹⁵.

Cette analyse de la fixation de seuil d'âge en matière de délinquance des mineurs ainsi que de la notion de consentement du mineur en droit civil permet de démontrer que ces questions sont complexes, et qu'elles donnent, toujours, lieu à débat. Ces débats autour du consentement du mineur sont d'autant plus virulents en la matière de victimes d'infractions sexuelles dans la mesure où, nous le verrons, le code pénal ne le définit pas.

Section 2 : L'absence de définition juridique du consentement du mineur à un acte sexuel

L'absence de définition légale du consentement entraîne une caractérisation du défaut de consentement par des éléments à la fois imprécis et restrictifs (Paragraphe 1). A ce titre, la

¹¹² Article 345 alinéa 3 du code civil : « *S'il a plus de treize ans, l'adopté doit consentir personnellement à son adoption plénière. Ce consentement est donné selon les formes prévues au premier alinéa de l'article 348-3. Il peut être rétracté à tout moment jusqu'au prononcé de l'adoption.* » ;

Article 360 alinéa 4 du code civil : « *Si l'adopté est âgé de plus de treize ans, il doit consentir personnellement à l'adoption.* »

¹¹³ Loi n° 76-1179 du 22 décembre 1976 modifiant certaines dispositions relatives à l'adoption

¹¹⁴ GOUTTENOIRE A., « Consentement du mineur », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2019, n°138

¹¹⁵ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

loi du 3 août 2018 de lutte contre les violences sexuelles et sexistes¹¹⁶ avait la volonté d'insérer une présomption d'absence de consentement du mineur à un acte sexuel avec un majeur, qui ne sera, finalement, pas acquise (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le défaut de consentement du mineur caractérisé par des éléments imprécis et restrictifs

Les violences sexuelles sont caractérisées par un acte sexuel commis avec violence, menace, contrainte ou surprise (A), nonobstant l'âge du mineur, ou son lien avec l'auteur (B).

A) Un acte sexuel commis avec violence, menace, contrainte, surprise sur le mineur

On distingue alors deux éléments matériels dans les infractions de violence sexuelle au sens large avant la loi du 21 avril 2021¹¹⁷, d'une part un acte positif consistant dans un contact physique à connotation sexuelle¹¹⁸ (1), et d'autre part le défaut de consentement de la victime (2).

1) *L'interprétation jurisprudentielle objective ou subjective de l'acte de nature sexuel*

Si l'absence de consentement est commune aux infractions de viol et d'agression sexuelle, il convient de distinguer l'acte de nature sexuelle du viol (*a*) de celui des autres agressions sexuelles (*b*), qui font l'objet d'une interprétation jurisprudentielle différente.

a) *L'interprétation objective de l'acte sexuel en cas de viol*

L'article 222-23 du code pénal, avant la loi du 21 avril 2021¹¹⁹, définissait le viol 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* ». Audrey Darsonville précise que la pénétration doit répondre à deux conditions distinctes, « *une pénétration de nature sexuelle et une pénétration perpétrée sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur* »¹²⁰. La matérialité du viol réside alors, selon le code pénal, en une pénétration « *de quelque nature* »¹²¹ quelle soit. On comprend partant que le sexe de l'auteur est indifférent. C'est d'ailleurs ce qu'il ressort des travaux parlementaires de la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs¹²², lors desquels les parlementaires ont témoigné

¹¹⁶ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

¹¹⁷ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

¹¹⁸ MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Hypercours, Dalloz, 8e éd, 2018, 672 pages

¹¹⁹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

¹²⁰ DARSONVILLE A., « Eléments constitutifs du viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, février 2020, n°45

¹²¹ Article 222-23 ancien du code pénal

¹²² Loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs

leur volonté de réprimer également les viols commis par des femmes.¹²³ Cette définition large permet alors d'incriminer toute pénétration, permettant d'aller plus loin que « *l'acceptation purement anatomique* »¹²⁴. Par ailleurs, la loi du 3 août 2018¹²⁵ est venue ajouter à l'article 222-23 du code pénal que l'acte de pénétration peut être commis sur la personne d'autrui ou « *sur la personne de l'auteur* », pour permettre la répression du viol lorsque l'auteur est pénétré par la victime en la forçant¹²⁶. Toutefois, depuis un arrêt du 21 février 2007¹²⁷ de la Chambre criminelle, les juges retiennent une interprétation objective de la pénétration sexuelle. Dans cet arrêt la Cour de cassation affirme que « *pour être constitutive d'un viol, la fellation implique une pénétration par l'organe sexuel masculin de l'auteur et non par un objet le représentant* »¹²⁸. La Chambre criminelle semble alors exiger une pénétration par le sexe ou dans le sexe de la victime. Récemment encore les juges du quai de l'Horloge sont venus confirmer cette interprétation stricte. Dans un arrêt du 14 octobre 2020¹²⁹ la Cour de cassation confirme l'arrêt de la chambre de l'instruction qui avait requalifié en agression sexuelle un cunnilingus aux motifs qu'il n'y avait pas suffisamment de preuve caractérisant une pénétration. Les juges recherchent alors, par une appréciation objective, l'existence d'une pénétration *stricto sensu*¹³⁰, en opposition avec la *ratio legis* de l'article antérieur à la loi du 21 avril 2021¹³¹.

b) L'interprétation subjective de l'acte sexuel en cas d'agression sexuelle autre que le viol

Pour ce qui est des agressions sexuelles prévues par l'article 222-22 du code pénal, leur matérialité se définit négativement à celle du viol, puisqu'il s'agit de toutes les atteintes sexuelles commises sans pénétration. Il en est ainsi de tout contact physique à connotation sexuelle¹³². Dans ce cas, et *a contrario* de l'interprétation retenue pour l'article 222-23, les juges semblent retenir une interprétation subjective de l'acte matériel. A titre d'exemple, le 3 mars 2021 la chambre criminelle retient la qualification d'agression sexuelle alors que les faits étaient constitués de caresses sur des zones du corps qui « *sans être spécifiquement sexuelles*

¹²³ *Op. cit.*

¹²⁴ *Ibid.*

¹²⁵ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

¹²⁶ DARSONVILLE A, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *Dalloz*, février 2020

¹²⁷ Crim., 21 février 2007, pourvoi n° 06-89.543, Bull. crim. n° 61

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Crim., 14 octobre 2020, pourvoi n°20-83.273

¹³⁰ DOMINATI M., « Viol : la pénétration “significative” ne requiert aucun seuil de profondeur », *Dalloz actualité*, 13 novembre 2020

¹³¹ *Op. cit.*

¹³² MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Hypercours, Dalloz, 8e éd, 2018, 672 pages

en elles-mêmes, ont été de nature à exciter le prévenu au niveau sexuel »¹³³. La Cour précise que ces caresses présentaient un caractère sexuel « *en raison de la manière dont elles ont été effectuées et du contexte dans lequel les faits se sont déroulés »¹³⁴*. Ainsi, la Haute juridiction se fonde directement sur le contexte et l'environnement dans lesquels les faits ont eu lieu¹³⁵. On pourrait ainsi croire que la jurisprudence se montre alors moins sévère pour apprécier l'existence des éléments constitutifs des violences sexuelles délictueuses que pour ceux caractérisant le crime de viol. Toutefois, il faut relever que cette interprétation empêche finalement une répression excessive, puisqu'elle oblige les juges à caractériser un contexte qualifiant l'infraction¹³⁶. Jean-Christophe Saint-Pau affirme partant que cette décision revient à écarter la présomption « *que la caresse d'une partie non intime du corps d'un enfant est un acte nécessairement délictueux »¹³⁷*. A ce titre, cette décision pourrait finalement rendre plus difficile la répression de ces infractions.

2) *L'absence de consentement caractérisée par l'utilisation de violence, menace, contrainte ou surprise*

Aucun texte relatif aux agressions sexuelles ne contient en sa lettre l'expression de « défaut de consentement » ou d'« absence de consentement ». Les articles 222-22 et 222-23 du code pénal ancien exigent, pour que des actes sexuels constituent une violence sexuelle, que les faits aient été commis avec « *violence, contrainte, menace ou surprise* ». Ce sont alors ces éléments qui permettent de transformer un acte sexuel en agression, et il relève de ceux-ci que la victime n'y a pas consenti¹³⁸, ou que son consentement a été vicié. Tel que le Professeur Yves Mayaud le rappelle, « *L'agression n'est pas acquise du fait seulement de sa connotation sexuelle, mais sur la considération qu'elle a été le résultat d'une violence, d'une contrainte, d'une menace ou d'une surprise. »¹³⁹* La violence exercée sur la victime peut être une violence physique ou morale¹⁴⁰. Comme Audrey Darsonville le souligne, les violences physiques ne soulèvent aucune difficulté, elles « *sont appréciées in concreto, en fonction des capacités de résistance de la victime et de son éventuelle infériorité physique »¹⁴¹*. Les violences morales

¹³³ Crim., 3 mars 2021, pourvoi n °20-82.399

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ SAINT-PAU J.-C., « L'attouchement d'une zone non sexuelle du corps de la victime, qualifié d'agression sexuelle au regard du contexte », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 15, 12 Avril 2021, p. 407

¹³⁶ *Ibid.*

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Hypercours, Dalloz, 8e ed, 2018, 672 pages

¹³⁹ MAYAUD Y., « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ Pénal*, 2004, p. 9

¹⁴⁰ DARSONVILLE A., Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *Dalloz*, février 2020

¹⁴¹ *Ibid.*

supposent que la victime se soit laissée abuser par crainte de s'exposer à un danger¹⁴². La contrainte peut également être physique et morale et se définit comme « *la pression physique ou morale exercée sur quelqu'un* »¹⁴³. Par exemple, le 8 juin 1994 la chambre criminelle admet la caractérisation d'une contrainte physique dans le cas d'un homme ayant tenu la tête de la victime pour la forcer à lui faire une fellation¹⁴⁴. Dans le même arrêt, elle caractérise la présence d'une contrainte morale en raison du fait que l'auteur était le supérieur hiérarchique de la victime et qu'ainsi celle-ci se trouvait « *incapable d'assurer sa protection* » après les faits. Pour ce qui est de la menace, elle « *se définit comme le geste, la parole ou l'acte par lequel un individu exprime sa volonté de faire du mal à quelqu'un.* »¹⁴⁵. Audrey Darsonville souligne alors l'inopportunité d'avoir ajouté ce terme dans la mesure où il ne s'agit que d'une forme de violence psychologique.¹⁴⁶ A ce titre, la jurisprudence retient par exemple les menaces de morts¹⁴⁷ ou encore le chantage¹⁴⁸. Enfin, la surprise dans la caractérisation du viol « *doit manifester un défaut de consentement de la victime et non son étonnement relatif à une situation* »¹⁴⁹. On parle alors de consentement surpris. Tel est le cas par exemple d'un homme qui commet des attouchements sur une femme ivre qui croyait être avec son compagnon¹⁵⁰ ou encore de « *l'emploi d'un stratagème destiné à dissimuler l'identité et les caractéristiques physiques de son auteur pour surprendre le consentement d'une personne et obtenir d'elle un acte de pénétration sexuelle* »¹⁵¹. La jurisprudence exige systématiquement la preuve du défaut de consentement du mineur par l'existence d'au moins un de ces éléments. A titre d'exemple, la Chambre criminelle de la Cour de cassation en 1999 casse un arrêt de cour d'appel condamnant un homme du chef d'agressions sexuelles commises sur des mineurs, aux motifs que même si « *les victimes ont déclaré, de façon crédible, avoir été l'objet d'attouchements sexuels de la part du prévenu* »¹⁵², la cour d'appel n'a pas caractérisé « *en quoi les atteintes sexuelles dénoncées auraient été commises avec violence, contrainte ou*

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ Crim., 8 février 1995, pourvoi n°94-85.202

¹⁴⁵ DARSONVILLE A., « Eléments constitutifs du viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, février 2020, n°45

¹⁴⁶ *Ibid.*

¹⁴⁷ Crim., 23 octobre 2002, pourvoi n°02-85.715

¹⁴⁸ Crim. 11 fevr. 1992, no 91-86.391

¹⁴⁹ *Op. cit.*

¹⁵⁰ Crim., 11 janvier 2017, n°15-86.680

¹⁵¹ Crim., 23 janvier 2019, pourvoi n° 18-82.833

¹⁵² Crim., 17 mars 1999, n° 98-83.799, Bull. crim., n° 49

surprise »¹⁵³. Ainsi la Haute juridiction apprécie de manière stricte et dissociée la preuve des différents éléments matériels des infractions d'agression sexuelle et de viol.

Avant la loi du 21 avril 2021¹⁵⁴, les éléments constitutifs des violences sexuelles étant les mêmes que la victime soit majeure ou mineure, c'est pourquoi la minorité n'a pas été abordée dans ce qui précède. Il en est de même lorsque l'auteur et la victime ont un lien familial.

B) L'âge du mineur et son lien avec l'auteur exclus des éléments constitutifs des agressions sexuelles

Contrairement à de nombreuses législations étrangères et européennes (1), la France a décidé d'exclure l'âge du mineur des éléments constitutifs des infractions sexuelles, et d'opérer une stricte distinction entre ces éléments et leurs circonstances aggravantes (2).

1) La différence avec les législations étrangères

Il convient de souligner que, comme le montrait déjà avant les années 2000 l'étude de droit pénal comparé sur l'inceste du magistrat Christian Guery¹⁵⁵, nombreuses législations de nos voisins européens consacrent depuis longtemps une présomption de non-consentement du mineur victime d'agression sexuelle en raison de son âge. L'étude d'impact de l'Assemblée nationale relative au projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes¹⁵⁶ met en avant certains éléments de droit comparé relatifs aux agressions sexuelles sur mineurs. Cette étude d'impact se concentre sur les législations de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Belgique, du Canada, du Danemark, de l'Espagne, de l'Italie, des Pays-Bas, du Portugal, du Royaume-Uni et de la Suisse. L'Assemblée relève alors plusieurs tendances quant à la prise en compte de l'âge du mineur dans les éléments constitutifs des infractions de nature sexuelle, oscillant entre une présomption de défaut de consentement (*a*) et une interdiction stricte de rapport sexuel entre majeurs et mineurs (*b*).

a) Le choix d'une présomption de non-consentement du mineur aux actes sexuels

D'une part certains pays qualifient de viol le seul fait pour un majeur d'avoir un rapport sexuel avec un mineur en dessous d'un certain âge, instaurant ainsi une présomption d'absence

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

¹⁵⁵ GUERY C., « L'inceste : étude de droit pénal comparé », Recueil Dalloz, 1998, p. 47

¹⁵⁶ Assemblée Nationale, étude d'impact, projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, 2018

de consentement du mineur. Par exemple, l'article 375 alinéa 6 du code pénal belge dispose que « *le viol est réputé avoir été commis à l'aide de violences lorsqu'un acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, a été commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de 14 ans accomplis* »¹⁵⁷. Également, le code criminel canadien prévoit que « *ne constitue pas un moyen de défense le fait que le plaignant a consenti aux actes à l'origine de l'accusation* »¹⁵⁸ lorsque la victime présumée est âgée de moins de seize ans. Dans ces pays, on présume ainsi l'absence de consentement du mineur au rapport sexuel en raison de son âge qui induit nécessairement l'existence de l'infraction. En Belgique, les violences caractéristiques de l'absence de consentement sont réputées avoir été commises lorsque la victime est âgée de moins de quatorze ans, tandis qu'au Canada la loi interdit de remettre en question le défaut de consentement d'un mineur de seize ans.

b) Le choix d'une interdiction stricte de rapport sexuel entre mineurs et majeurs

D'autre part, certains pays, sans poser de présomption de non-consentement des mineurs, viennent simplement interdire les relations sexuelles entre majeurs et mineurs en deçà d'un certain âge. Par exemple, le Royaume-Uni qualifie de viol la pénétration d'un mineur de treize ans, sans qu'il soit nécessaire de prouver l'absence de consentement¹⁵⁹. La loi anglaise sur les infractions sexuelles de 2003 punit de la réclusion à perpétuité les faits de « *pénétration intentionnelle vaginale ou anale avec une partie du corps ou avec tout autre objet, si la pénétration est de nature sexuelle et si la victime est âgée de moins de 13 ans* ». Il ne s'agit pas ici d'une présomption de défaut de consentement dans la mesure où, en raison de l'âge du mineur, le défaut de consentement est totalement exclu des éléments constitutifs de l'infraction, qui s'intitule toutefois toujours « viol ». On constate alors qu'outre le fait qu'il n'y ait pas de consensus dans les législations étrangères sur le choix d'une présomption de non-consentement du mineur ou d'une interdiction stricte pour une personne majeure d'avoir une relation sexuelle avec une personne mineure d'un certain âge, il n'existe pas non plus de consensus sur le seuil d'âge fixé. Le Canada retient l'âge de 16 ans, la Belgique 14 ans et le Royaume-Uni 13 ans. Cette absence d'uniformité et de consensus permet de témoigner de la difficulté de légiférer en la matière.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ Code criminel du Canada article 150.1

¹⁵⁹ Assemblée Nationale, étude d'impact, projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, 2018

2) La distinction stricte entre les éléments constitutifs et les circonstances aggravantes des violences sexuelles

Les articles 222-24 et 222-28 et suivants prévoient, respectivement, pour le viol et les autres agressions sexuelles, plusieurs circonstances aggravantes. A ce titre, l'article 222-24 aggrave la peine du viol à vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'il est commis sur un mineur de quinze ans ou encore lorsqu'il est commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. Pour les agressions sexuelles, l'article 222-28 aggrave la répression à 7 ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou par toute personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait. L'article 222-29 du même code, modifié par la loi du 3 août 2018¹⁶⁰, prévoit la même aggravation lorsque l'agression est imposée « *à une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, (...) est apparente ou connue de son auteur* ». L'article 222-29-1 vient, quant à lui, augmenter à 150 000 € d'amende et quinze ans d'emprisonnement le quantum lorsque les agressions sexuelles sont « *imposées à un mineur de quinze ans* ». Ainsi, contrairement aux législations étrangères précitées, l'âge du mineur dans le code pénal français n'est qu'une circonstance aggravante parmi d'autres. Il en va de même pour le lien familial entre l'auteur et la victime. Régulièrement, la Cour de cassation rappelle que l'âge de la victime ou la différence d'âge entre la victime et l'auteur ne permettent pas de caractériser l'absence de consentement. Depuis une décision du 1^{er} mars 1995, la Cour de cassation exige des juges du fond qu'ils distinguent les éléments matériels des infractions de violences sexuelles de leurs circonstances aggravantes. Dans l'arrêt en question¹⁶¹, la chambre criminelle casse l'arrêt de la cour d'appel qui avait déduit la surprise « *malgré la répétition des faits, du seul âge des victimes* »¹⁶² en ce qu'elle n'avait, de ce fait, pas donné de base légale à sa décision. Il en va de même pour le statut d'ascendant de l'auteur ou de l'autorité exercée par celui-ci, notamment depuis un arrêt de 1998 dans lequel la chambre criminelle affirme que « *Le délit d'agression sexuelle suppose l'usage, par son auteur, de violence, contrainte, menace ou surprise. Cet élément constitutif ne peut se déduire de la seule minorité de quinze ans de la victime et de la qualité d'ascendant ou de personne ayant autorité de l'auteur, ces circonstances ne constituant que des circonstances aggravantes de l'infraction* »¹⁶³. La Cour a par ailleurs eu l'occasion de réaffirmer sa sévérité en la matière

¹⁶⁰ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

¹⁶¹ Crim., 1^{er} mars 1995, pourvoi n°94-85.393

¹⁶² Ibid.

¹⁶³ Crim., 21 octobre 1998, pourvoi n°98-83.843

V. également en ce sens : Crim., 10 mai 2001, pourvoi n°00-87.659 ;

plus récemment. Fanny Charlent met en avant que la Haute juridiction continue de réaffirmer la nécessité de caractériser l'absence de consentement et notamment l'existence d'une contrainte indépendamment de l'âge de la victime par le commentaire de deux décisions de septembre 2019¹⁶⁴. Dans la première, la Chambre criminelle affirme que « *la seule mention des actes reprochés ne fait pas présumer l'existence des éléments constitutifs de l'infraction* »¹⁶⁵ dans le cadre d'une relation sexuelle commise par un grand père sur ses petits-enfants, insistant sur la nécessité d'apporter la preuve de l'absence de consentement des victimes. Dans la seconde, la Cour affirme que la seule mention de la différence d'âge entre la victime mineure et l'auteur de l'agression ne peut suffire à caractériser la contrainte morale¹⁶⁶. Partant, ni l'âge du mineur, ni son lien familial avec l'auteur, ne permettaient, à eux-seuls, avant la loi du 21 avril 2021¹⁶⁷, de prouver le défaut de consentement. Ces éléments restaient seulement des circonstances aggravantes des infractions. Par cette appréciation stricte des éléments constitutifs des infractions d'agression sexuelle, la Cour de cassation rend d'autant plus difficile la preuve du défaut de consentement du mineur.

C'est en ces considérations, que la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes¹⁶⁸ a entendu assouplir les modalités de preuve de l'absence de consentement du mineur à une relation sexuelle avec un auteur majeur.

Paragraphe 2 : La loi Schiappa de 2018¹⁶⁹ et l'ébauche inachevée d'une présomption de non-consentement

Pour faciliter la preuve des éléments constitutifs des infractions de violences sexuelles commises sur mineurs, et notamment l'absence de consentement, la loi du 3 août 2018¹⁷⁰ a inséré dans le code pénal une ébauche de présomption d'absence de consentement du mineur de quinze ans en modifiant l'article 222-22-1 du code pénal (A), malgré l'inopportunité, d'un point de vue symbolique, d'intégrer dans le droit français une telle présomption au regard des intérêts à défendre (B).

Crim., 14 novembre 2001, pourvoi n°01-80.865

¹⁶⁴ CHARLENT F., « Précisions sur les éléments constitutifs du délit d'agression sexuelle commis sur mineur », Dalloz actualité, 9 octobre 2019

¹⁶⁵ Cour de cassation, 4 septembre 2019, pourvoi n° 18-83.467

¹⁶⁶ *Ibid.*

¹⁶⁷ *Op. cit.*

¹⁶⁸ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

¹⁶⁹ *Op. cit.*

¹⁷⁰ *Ibid.*

A) La modification de la définition de contrainte et surprise

Le législateur a entendu intégrer à l'article 222-22-1 du code pénal, définissant la contrainte morale et physique, la prise en compte du manque de discernement ainsi que de la vulnérabilité du mineur de quinze ans (1). Cet apport, bien que conforme à l'évolution jurisprudentielle en la matière (2), reste nettement insuffisant (3).

1) La prise en considération législative du manque de discernement et de la vulnérabilité du mineur de quinze ans dans la preuve du défaut de consentement

La contrainte morale est définie par l'article 222-22-1 du code pénal, et depuis la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal¹⁷¹, l'article dispose qu'elle peut résulter de la différence d'âge existante entre l'auteur et la victime mineure d'une agression sexuelle¹⁷². La loi du 3 août 2018¹⁷³ est venue rajouter à l'article 222-22-1 deux alinéas pour préciser les notions de contrainte et de surprise et pour, *a priori*, en faciliter la preuve. Celui-ci dispose alors, en sa rédaction antérieure à la loi du 21 avril 2021¹⁷⁴, en ses alinéas 2 et 3 « *Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 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* » et « *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.* » Dorénavant, la contrainte morale peut être caractérisée par l'écart d'âge significatif entre le mineur et l'auteur, ou par l'autorité de droit ou de fait exercé par l'auteur sur le mineur ou encore, lorsque le mineur est âgé de moins de 15 ans, par le défaut de discernement de celui-ci découlant de sa vulnérabilité. On constate alors que l'âge et l'autorité exercée par l'auteur sur le mineur entrent dans les considérations du législateur, par le manque de discernement et la vulnérabilité qui en découlent. Si l'ancien article 222-22-1 citait déjà la différence d'âge

¹⁷¹ 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

¹⁷² Article 222-22-1 du code pénal

¹⁷³ *Op. cit.*

¹⁷⁴ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

entre l'auteur et la victime mineure¹⁷⁵, la grande nouveauté de la loi est la mise en avant de la vulnérabilité et du manque de discernement du mineur de quinze ans. Caroline Hardouin-Le Goff souligne en ce sens que la loi Schiappa a permis de faire retrouver au droit pénal, en partie, sa fonction expressive¹⁷⁶. En effet, il n'existe pas dans le code pénal de violences sexuelles spécifiques aux mineurs, et l'existence de ces considérations permet d'instaurer le début d'un régime de preuve différencié entre majeurs et mineurs victimes. En outre, la loi différencie entre les mineurs de dix-huit ans et ceux de quinze ans, et institue une gradation qui semble opportune. Lors des débats de la commission des lois, Marlène Schiappa expliquait que l'âge de quinze ans était, d'une part le plus protecteur, et d'autre part le plus cohérent en ce qu'il « *a été attesté scientifiquement que le développement du cerveau et le niveau de maturité sont très variables jusqu'à l'âge de quinze ou de seize ans* »¹⁷⁷. Cette modification permet une progression notable au regard de la fonction symbolique du droit puisque le législateur accepte finalement de reconnaître la spécificité de ces infractions, par la reconnaissance de caractéristiques particulières aux victimes mineures. Le rapport d'évaluation de la loi mené par Alexandra Louis fait d'ailleurs état d'un accueil favorable de cette modification par les professionnels du droit¹⁷⁸. Les magistrats saluent une plus grande sécurité juridique offerte aux justiciables¹⁷⁹. La Procureure de la République de Marseille, par exemple, félicite que la loi soit venue « *préciser ce qui était une évidence* »¹⁸⁰ et qu'elle ait permis « *d'expliciter des circonstances que les magistrats avaient peut-être du mal à expliquer aux jurés d'assises et non juristes* »¹⁸¹. Le Défenseur des Droits de rajouter que l'instauration de la notion de discernement a permis de caractériser avec davantage de précision la contrainte et la surprise.¹⁸² Également, la loi de 2018¹⁸³ est venue apporter une précision quant à l'autorité de droit ou de fait exercée sur le mineur, puisque l'article dispose désormais que cette autorité de fait peut être « *caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure*

¹⁷⁵ Article 222-22- en sa rédaction de la loi du 8 février 2010 : « *La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale. 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.* »

¹⁷⁶ HARDOUIN-LE GOFF C., « Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénal retrouve sa fonction expressive et que la fixation d'un seuil d'âge devient constitutionnellement possible. », *Droit pénal*, n°12, décembre 2020, étude 34

¹⁷⁷ Compte rendu de la commission des lois sur l'examen du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, mercredi 9 mai 2018, n°67, p. 5

¹⁷⁸ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 127 et s.

¹⁷⁹ *Ibid.*

¹⁸⁰ *Ibid.*

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² *Ibid.*

¹⁸³ *Op. cit.*

et l'auteur majeur », tandis que l'ancienne rédaction distinguait d'une part la différence d'âge et d'autre part l'autorité exercée. Aujourd'hui ces éléments sont imbriqués, ce qui en fait des indices moins rigoureux à démontrer.

2) *Un apport législatif conforme à la pratique judiciaire antérieure*

En réalité, l'apport de la loi du 3 août 2018¹⁸⁴ sur la prise en considération des mineurs victimes de violences sexuelles est à relativiser dans la mesure où ces considérations avaient déjà été posées par la jurisprudence s'agissant de la contrainte morale. C'est en ce sens que Sébastien Detraz qualifiait déjà en 2015 l'ancienne rédaction de l'article 222-22-1 de règle à caractère « *confirmatif* »¹⁸⁵. En effet, après de sévères arrêts qui interprétaient strictement les éléments constitutifs de ces infractions¹⁸⁶, la chambre criminelle a, en 2015, rendu des arrêts dans lesquels elle semblait déjà prendre en compte la vulnérabilité du mineur. Ainsi par exemple, le 23 septembre 2015, la Haute juridiction affirme que la Cour d'appel a valablement « *pu déduire la contrainte morale subie par la victime, âgée de trois ans lors de la commission des faits, de sa différence d'âge avec le prévenu* »¹⁸⁷. Dans l'arrêt de Cour d'appel en question, les juges avaient retenu la culpabilité d'un homme qui avait commis une agression sexuelle sur un de ses voisins, âgé de 5 ans, notamment aux motifs que la victime avait « *décrit et mimé des actes de perversion qu'un enfant de cet âge n'est pas en mesure d'imaginer* »¹⁸⁸. On constate alors que par cette considération, les juges se fondaient déjà sur le discernement du mineur et sa capacité à comprendre, ou non, la portée d'un acte sexuel. Également, un arrêt de cassation du 1^{er} mars 1995¹⁸⁹, la Cour d'appel de Grenoble avait condamné le prévenu pour agression sexuelle sur mineurs de 10 ans et demi et 13 ans aux motifs « *qu'en raison de leur jeune âge, l'un et l'autre ne pouvaient faire preuve, en matière de sexualité, de facultés de discernement ; que devant un comportement auquel ils ne s'attendaient pas, ils ont cédé sous l'effet de la surprise* »¹⁹⁰. Malgré le fait que les juges du quai de l'Horloge aient conclu à une insuffisance de base légale, cet arrêt de cour d'appel permet de constater que le manque de discernement aux actes sexuels était depuis longtemps mis en avant par les juges du fond dans ces affaires. D'ailleurs, une magistrate du tribunal judiciaire de Bobigny affirme que « *Les*

¹⁸⁴ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

¹⁸⁵ DETRAZ S., « L'article 222-22-1, in fine, du Code pénal, à la lumière de la jurisprudence », Droit pénal, n°12, décembre 2015, étude 24

¹⁸⁶ V. notamment : Cass. crim., 1er mars 1995, pourvoi n° 94-85.393, Bull. crim. 1995 « *Mais attendu qu'en l'état de ces motifs, qui déduisent la surprise, malgré la répétition des faits, du seul âge des victimes, la chambre d'accusation n'a pas donné de base légale à sa décision* »

¹⁸⁷ Cass. crim., 23 sept. 2015, n° 13-83.881

¹⁸⁸ Cour d'appel d'Aix-en-Provence, 15 mai 2013

¹⁸⁹ *Op. cit.*

¹⁹⁰ Cour d'appel de Grenoble, 12 octobre 1994

précisions relatives à la notion de contrainte ont immédiatement été prises en compte dans les réquisitions, et venaient conforter la pratique antérieure des parquets »¹⁹¹, soulignant la cohérence de cette modification.

3) L'apport législatif toutefois insuffisant et relativement flou de la loi du 3 août 2018¹⁹²

Malgré la volonté du législateur en 2018, la rédaction de l'article 222-22-1 du code pénal n'est toujours pas satisfaisante en ce que, d'une part, l'absence de définition des notions de discernement ou de vulnérabilité entraîne une insécurité juridique (*a*) et d'autre part, cette rédaction risque finalement d'alourdir la charge de la preuve pour les victimes (*b*), effet inverse de celui recherché.

a) L'absence de définition des notions de discernement ou vulnérabilité entraînant une insécurité juridique

Bien que cette modification et cette prise en compte de l'âge du mineur et de l'autorité exercée par le majeur soient cohérentes, on peut déplorer que l'article ne soit pas venu totalement consacrer l'âge en tant qu'élément constitutif des infractions. *A contrario*, cette modification n'a fait qu'amoindrir la clarté de la définition du défaut de consentement. L'avocate Carine Durrieu-Diebolt précise en ce sens, à propos du second alinéa, que « *La différence d'âge significative reste difficile à définir, puisqu'il relève toujours d'une appréciation jurisprudentielle. Certains tribunaux vont retenir 6 ou 7 ans et d'autres beaucoup plus. Il n'y a donc aucune visibilité pour les juristes et les mineurs* »¹⁹³. Les mêmes critiques existent au sujet de la notion de « *discernement* » présente au troisième alinéa. On peut valablement s'interroger sur ce qu'est le discernement sexuel, et, par exemple, est-ce que le mineur de 13 ans qui a déjà eu vu un film pornographique, ou qui a déjà eu une expérience sexuelle, en dispose ? Également, l'appréciation de ce discernement sera biaisée par les délais judiciaires¹⁹⁴. Effectivement, si l'on prend l'exemple d'un viol, l'instruction dure très longtemps et le mineur qui avait 12 ans au moment des faits sera bien plus âgé le jour du jugement. Ainsi, comment le jury, qui devra juger l'auteur, pourra apprécier le discernement sexuel dont disposait le mineur lorsqu'il était beaucoup plus jeune, en ce que la période de l'adolescence fait évoluer à grande vitesse sur ce sujet. Par ailleurs, la notion de vulnérabilité

¹⁹¹ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 127 et s.

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ *Ibid.*

¹⁹⁴ *Ibid.*

ne fait l'objet d'aucune définition et est, partant, très difficile à caractériser et laisse un grand pouvoir d'appréciation aux juges, à défaut d'offrir une sécurité juridique intangible aux victimes mineures.

b) Le possible alourdissement de la charge de la preuve pour la victime

On peut également pointer l'incohérence du découpage de l'article. L'alinéa 2 concerne tous les mineurs et le troisième seulement les mineurs de quinze ans, mais est-ce que l'alinéa 2 concerne aussi les mineurs de quinze ans ou seulement ceux de quinze à dix-huit ? Audrey Darsonville précise que si les deux alinéas s'appliquent aux mineurs de quinze ans, il s'agirait finalement ici d'un alourdissement de la preuve pour ces victimes¹⁹⁵. En effet, l'ancienne version de l'article 222-22-1 ne prévoyait que la différence d'âge entre le mineur et l'auteur, aujourd'hui il semblerait qu'il soit nécessaire, lorsque le mineur a moins de quinze ans, de rapporter également la preuve de sa vulnérabilité ou de son absence de discernement. De plus, pourquoi différencier entre le mineur de dix-huit ans et celui de quinze ans ? Caroline Duparc soutient également auprès d'Alexandra Louis l'incohérence de devoir toujours cumuler la différence d'âge significative avec le lien d'autorité, alors même que l'un ou l'autre de ces éléments devrait suffire.¹⁹⁶ De surcroit, et Christian Guéry le soulignait déjà après l'adoption de la loi de 2010¹⁹⁷, en faisant de l'autorité de droit ou de fait exercée sur le mineur un élément de la contrainte morale, le législateur « *heurte l'un des principes essentiels du droit pénal : on ne poursuit pas deux fois la même personne pour les mêmes faits* »¹⁹⁸.

Outre l'incohérence démontrée dans la rédaction de cet article, il est symboliquement inopportun de vouloir intégrer dans le code pénal une présomption de non-consentement du mineur à une relation sexuel avec un majeur.

B) L'inopportunité d'instaurer une présomption de non-consentement du mineur au regard des intérêts à défendre

Cette inopportunité est liée au fait qu'une présomption de défaut de consentement défende la liberté sexuelle du mineur, et non son intégrité physique et psychique (1). De surcroit, cette présomption serait certainement contraire à la constitution (2), et remettrait considérablement en cause les possibilités d'appréciation des magistrats (3).

¹⁹⁵ DARSONVILLE A., « Libres propos sur la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », La lettre juridique, n°758, 18 octobre 2018

¹⁹⁶ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 127 et s.

¹⁹⁷ *Op. cit.*

¹⁹⁸ GUÉRY C., « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », AJ pénal, 2010, p. 126

1) Une présomption défendant la liberté sexuelle du mineur et non son intégrité physique et psychique

Il est nécessaire de se questionner sur la valeur protégée par les infractions sexuelles sur mineurs. Le 5 septembre 1990, la chambre criminelle de la Cour de cassation répond à cette question en affirmant que le viol « *en sa rédaction issue de la loi du 23 décembre 1980, [...] n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun* »¹⁹⁹. En effet, les éléments matériels du viol, ainsi que des autres violences sexuelles, caractérisent l'absence de consentement. Or, si l'infraction nécessite pour être qualifiée la démonstration du défaut de consentement, c'est qu'elle vise à protéger le consentement de la victime, et partant sa liberté à consentir à un acte sexuel²⁰⁰. Et puisqu'il n'existe pas d'infraction de violences sexuelles distinguant les victimes majeures et mineures, la valeur protégée est la même lorsque la victime a moins de dix-huit ans. Or, on peut légitimement se questionner sur la pertinence de défendre la liberté sexuelle d'un enfant, ou même d'un très jeune adolescent. Cependant, instaurer une présomption d'absence de consentement, en ce qu'il n'en résulterait pas de création d'infraction autonome, continuerait de défendre cette même liberté que pour les majeurs. Si d'un point de vue répressif cette présomption serait opportune, d'un point de vue symbolique il est aujourd'hui nécessaire de faire disparaître la question du consentement des infractions sexuelles sur mineur. C'est notamment ce que recommande le rapport d'Alexandra Louis, qui préconise la création de nouvelles infractions, *sui generis*, qui ne défendraient plus « « *la liberté sexuelle* » de la victime à travers les notions de « *contrainte, surprise, menace et violence* » qui amènent à s'interroger sur le consentement d'une victime »²⁰¹ mais qui prendraient immédiatement en compte, à titre d'élément constitutif des infractions, l'âge du mineur. Partant, la valeur protégée serait son intégrité physique et psychique, ce qui semble davantage cohérent.

2) Une présomption a priori contraire à la Constitution

Selon le Professeur Laurent Saenko, instaurer une présomption de non-consentement du mineur reviendrait, à l'égard du majeur auteur de l'agression sexuelle, à instaurer une présomption de culpabilité²⁰². Or, dans une décision du 16 juin 1999 le Conseil constitutionnel affirme qu'il résulte de l'article 9 de la DDHC, selon lequel « *Tout homme étant présumé*

¹⁹⁹ Chambre criminelle, 5 septembre 1990, pourvoi n°90-83.786

²⁰⁰ HARDOUIN-LE GOFF C., « Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénal retrouve sa fonction expressive et que la fixation d'un seuil d'âge devient constitutionnellement possible. », *Droit pénal*, n°12, décembre 2020, étude 34

²⁰¹ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p.

²⁰² SAENKO L., « La présomption de non-consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles : le retour ? », *Recueil Dalloz*, n°9, 2020, p. 528

*innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable, s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait pas nécessaire pour s'assurer de sa personne doit être sévèrement réprimée par la loi », que « le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; que, toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité »²⁰³. On pourrait alors défendre l'hypothèse d'une présomption simple, et ainsi réfragable en matière de défaut de consentement du mineur, mais une telle solution ne serait pas cohérente et finalement inutile dans la mesure où il en découlerait les mêmes débats qu'il existe aujourd'hui à ce sujet. De plus, et Alexandra Louis l'écrit dans son rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018²⁰⁴, le fait de fixer un seuil de non-consentement à 15 ans, ferait de ce seuil un élément constitutif de l'infraction de viol, et partant une confusion avec les circonstances aggravantes de l'infraction. Or, le 6 février 2015, le Conseil constitutionnel a validé la constitutionnalité de l'article 222-22-1 du code pénal en ce qu'il ne résultait pas « *de ces dispositions qu'un élément constitutif du viol ou de l'agression sexuelle est, dans le même temps une circonstance aggravante de ces infractions* »²⁰⁵. Également, l'article 121-3 du code pénal pose le principe selon lequel tout crime ou délit doit être constitué par une intention de le commettre²⁰⁶, et le Conseil constitutionnel fait encore découler cette exigence de la présomption d'innocence²⁰⁷. Or, le viol et les agressions sexuelles, sont des crimes et délits, et le seul fait de présumer le viol en raison de l'âge de la victime supprime l'élément moral de l'infraction. En effet, actuellement l'élément intentionnel de ces infractions est caractérisé « *par la volonté de commettre un acte de pénétration sexuelle et la conscience d'imposer cet acte à une victime qui n'y consent pas* »²⁰⁸. Il faut alors que l'auteur soit conscient que la victime n'est pas consentante. En cas de présomption de non-consentement, certes, cet élément pourrait être remplacé par le fait que l'auteur ait connaissance de l'âge de la victime, toutefois si cela paraît simple à prouver dans*

²⁰³ Cons. Const., 16 juin 1999, décision n°99-411 DC, considérant n°5

²⁰⁴ *Op. cit.*

²⁰⁵ Cons. Const., décision n° 2014-448 QPC, 6 février 2015

²⁰⁶ Article 121-3 alinéa du code pénal : « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* »

²⁰⁷ Cons. Const., 16 juin 1999, décision n°99-411 DC, considérant n°16 : « *Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, s'agissant des crimes et délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés* »

²⁰⁸ DARSONVILLE A., « Eléments constitutifs du viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, février 2020, n°45

le cas d'un mineur très jeune, à partir de la préadolescence cette preuve sera très difficile à rapporter dans certains cas.

3) *Une présomption de non-consentement remettant en cause la confiance envers les magistrats*

En outre, le rapport d'Alexandra Louis²⁰⁹ fait état d'avis de professionnels du droit au sujet d'une éventuelle présomption de non-consentement. Un policier affirme ainsi que « *cette demande est la marque d'une méfiance à l'égard des juges qu'il faut apaiser. Il est important de laisser une marge de manœuvre aux magistrats, même si certaines décisions peuvent choquer car au fond les citoyens n'ont pas accès aux dossiers et les victimes peuvent faire valoir leur droit grâce au second degré de juridiction. Il faut accepter que la justice soit humaine et faillible surtout lorsqu'il s'agit d'affaires de nature sexuelle si sensibles et nuancées. Il est impossible de stéréotyper les comportements humains.* »²¹⁰. Partant, il convient de souligner la nécessité de laisser aux magistrats l'appréciation de ce défaut de consentement dans la mesure où, effectivement, cela permet d'apporter une réponse pénale la plus proche de la réalité. On pourrait toutefois objecter que dans le cas où le mineur est très jeune, et que la question du consentement ne se pose ainsi que très peu, une telle présomption ne remettrait pas de manière significative en cause la confiance accordée au système judiciaire.

Ainsi, au regard de ce qui précède, nous pouvons légitimement admettre que la recherche du consentement du mineur pour qualifier les violences sexuelles commises sur celui-ci a entraîné un échec de la fonction symbolique de la loi en la matière. Malheureusement, cet échec n'est pas le seul.

²⁰⁹ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020

²¹⁰ *Op. cit.*, p. 134

Chapitre 2 : L'échec de la fonction répressive de la loi en matière de violences sexuelles sur mineurs

La fonction répressive de la loi, ou fonction punitive, peut se définir comme l'objectif répressif animant le législateur. Le droit pénal punit des comportements considérés comme nuisibles à la société, et la loi doit permettre de légitimer cette punition et de la mettre en œuvre. Cependant, le droit antérieur à la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste²¹¹ n'a pas permis de satisfaire les objectifs répressifs exprimés par le législateur mais également souhaités par l'opinion publique. Pour pouvoir réprimer et punir un fait, il faut qu'une infraction soit qualifiée. Et pour pouvoir qualifier l'infraction, ses éléments constitutifs doivent être prouvés. Or la preuve du défaut de consentement du mineur se trouve *in fine* trop difficile à rapporter, pouvant ainsi être qualifiée de « *probatio diabolica* » (Section 1), ce qui entraîne une répression nettement insuffisante des violences sexuelles sur mineur (Section 2).

Section 1 : La preuve du défaut de consentement du mineur à un acte sexuel ou *probatio diabolica*

La nécessité de prouver l'absence de consentement du mineur rend la qualification des infractions de violences sexuelles très difficile. Conscient de cette difficulté, le législateur tente constamment d'alléger la preuve de ces infractions, et notamment par la modification de l'article 222-22-1 du code pénal vue précédemment. Cependant, celui-ci ne s'est vu accorder qu'un caractère interprétatif (Paragraphe 1), insuffisant pour assurer une répression effective. Par ailleurs, la preuve de ces infractions se heurte particulièrement au temps et la preuve du défaut de consentement du mineur est mise à l'épreuve par les délais de prescription de l'action publique (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Le caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal

Le caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal découle de la prise en compte de l'âge du mineur ainsi que de l'autorité de droit ou de fait exercée par l'auteur seulement à titre d'indice de la contrainte morale ou de la surprise (*A*), ce qui, nous le soulignerons par ailleurs, ne permet pas suffisamment de faciliter la répression de violences sexuelles incestueuses (*B*).

²¹¹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

A) *La prise en compte de l'âge du mineur et de l'autorité de droit ou de fait exercée par l'auteur à titre d'indice de la contrainte morale et de la surprise*

Ce caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal a d'abord été affirmé par le Conseil constitutionnel²¹² (1), puis fut réaffirmé par la Chambre criminelle de la Cour de cassation²¹³ (2).

1) *L'affirmation de l'absence de valeur normative de l'article 222-22-1 du code pénal par le Conseil constitutionnel*

Bien que le législateur se montre favorable à une prise en considération par les juges de l'âge du mineur et notamment de sa différence d'âge avec l'auteur des faits, l'article 222-22-1 du Code pénal ne vient pas poser une présomption d'absence de consentement de celui-ci aux actes de nature sexuelle. En effet, l'utilisation du verbe « *pouvoir* »²¹⁴ dans l'article traduit bien cette absence de présomption, et confirme que la contrainte et la surprise ne découlent, seulement possiblement, de cette différence d'âge. Il ne s'agit alors que d'indices pour aider les juges dans la caractérisation des infractions et notamment la qualification de la contrainte et de la surprise. Le Professeur Emmanuel Dreyer le rappelle, « *la contrainte morale ne résulte pas nécessairement de cette différence d'âge ou de cette autorité, de sorte qu'elle ne peut être présumée* »²¹⁵. C'est d'ailleurs ce qu'a retenu le Conseil constitutionnel lorsqu'il a eu à se prononcer, dans le cadre d'une QPC, sur la constitutionnalité de l'ancien article 222-22-1 du Code pénal. Partant, le 6 février 2015²¹⁶ les sages, après avoir rappelé que la contrainte était au nombre des éléments constitutifs des infractions de viol et d'agression sexuelle²¹⁷, affirment l'absence de violation du principe de légalité des délits et des peines, aux motifs que « *la seconde phrase de l'article 222-22-1 du code pénal a pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait sur lesquelles la juridiction saisie peut se fonder pour apprécier si, en l'espèce, les agissements dénoncés ont été commis avec contrainte ; qu'elle n'a en conséquence pas pour objet de définir les éléments constitutifs de l'infraction* »²¹⁸. La violation du principe de nécessité et de proportionnalité des peines était également soulevée en ce que l'exercice

²¹² Cons. Const., décision n° 2014-448 QPC, 6 février 2015

²¹³ Crim., 17 mars 2021, pourvoi n°20-86.318

²¹⁴ Article 222-22-1 du Code pénal alinéa 2 : « *Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 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.* »

²¹⁵ DREYER E., « Agression sexuelle : pas de présomption de défaut de consentement du mineur », Gazette du Palais, 5 fevr. 2019, n° 05, p. 49

²¹⁶ *Op. cit.*

²¹⁷ *Ibid.*, considérant n°6

²¹⁸ *Ibid.*, considérant n°7

d'une autorité de droit ou de fait sur la victime était déjà prévu dans le code au titre de circonstance aggravante de ces infractions. Le Conseil affirme à ce titre qu'« *en disposant que la contrainte, constitutive du crime de viol ou du délit d'agression sexuelle, « 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 » alors que, par ailleurs, la peine encourue par l'auteur de ces infractions est aggravée lorsqu'il a, sur la victime, une autorité de droit ou de fait, les dispositions contestées n'instituent pas une sanction pénale qui méconnaît les principes de nécessité et de proportionnalité des peines* »²¹⁹. Partant, et comme le souligne Audrey Darsonville, l'article 222-22-1 du code pénal n'a qu'un caractère interprétatif, et ne permet que de fournir aux juges des exemples de circonstances factuelles qui permettraient de caractériser plus facilement la contrainte morale et la surprise, afin de faciliter la preuve du défaut de consentement du mineur²²⁰. L'article 222-22-1 ne possède alors aucune valeur normative. Sébastien Detraz soutenait à ce sujet que l'article ne sert pas « *à préciser de manière générale certains des contours de la contrainte morale mais, en la forme, à guider au cas par cas les tribunaux dans leur examen la concernant* ». ²²¹

2) *La réaffirmation du caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal par la Cour de cassation pour justifier la rétroactivité de la loi du 3 août 2018*²²²

On peut définir une loi interprétative comme « *celle qui vient donner à un texte préexistant un sens que ce dernier possède manifestement, vraisemblablement ou potentiellement* »²²³. Ces lois ne se voient pas appliquer le principe de la non-rétroactivité de la loi et rétroagissent au jour où la loi à laquelle elles s'incorporent est entrée en vigueur²²⁴. Partant, pour affirmer l'application de la loi du 3 août 2018²²⁵ à des faits antérieurs à son entrée en vigueur, la Chambre criminelle, le 17 mars 2021, affirme qu'il résulte des travaux préparatoires de cette loi que « *le législateur a entendu donner une valeur interprétative à cette disposition. Il ne saurait être déduit de l'emploi des mots « sont caractérisés » une*

²¹⁹ *Idem*, considérant n°9

²²⁰ DARSONVILLE A., « Libres propos sur la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », *La lettre juridique*, n°758, 18 octobre 2018

²²¹ DETRAZ S., « L'article 222-22-1, in fine, du Code pénal, à la lumière de la jurisprudence », *Droit pénal*, n°12, décembre 2015, étude 24

²²² Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

²²³ DETRAZ S., « L'article 222-22-1, in fine, du Code pénal, à la lumière de la jurisprudence », *Droit pénal*, n°12, décembre 2015, étude 24

²²⁴ V. en ce sens : 1^{re} Civ., 18 octobre 2005, pourvoi n°04-14.268, Bull. 2005, I, n°365 ;

1^{re} Civ., 4 avril 2006, pourvoi n°04-17.491, Bull. 2006, I, n°191

²²⁵ *Op. cit.*

analyse contraire. »²²⁶. La Cour de cassation étend donc la solution donnée par le Conseil constitutionnel²²⁷ au sujet de l'ancienne version de l'article 222-22-1 du code pénal à sa nouvelle rédaction et notamment à l'alinéa 3²²⁸. Absent de la rédaction antérieure, il n'utilise plus, depuis 2018²²⁹, le verbe « *pouvoir* » mais formule désormais au futur simple la caractérisation de la contrainte morale ou de la surprise par l'abus de vulnérabilité du mineur de 15 ans²³⁰. Les juges du quai de l'Horloge continuent en réaffirmant que « *ce texte ne modifie pas les éléments constitutifs de l'infraction ni n'instaure une présomption d'absence de consentement du mineur de 15 ans. Il a pour seul objet de désigner certaines circonstances de fait que le juge doit prendre en compte pour apprécier si, dans le cas d'espèce, les agissements ont été commis avec contrainte morale ou surprise.* »²³¹ Toutefois, démontrer le défaut de consentement du mineur par l'utilisation de la contrainte morale est difficile en ce que la preuve de ces éléments ne repose que sur des éléments probatoires tangibles²³². On peut alors légitimement admettre que, si le caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal a permis d'assurer sa conformité à la Constitution, et qu'il permet de l'appliquer à des faits antérieurs à son entrée en vigueur, il ne parvient pas à surmonter toutes les difficultés afférentes à la preuve de l'absence de consentement du mineur.

La preuve de l'absence de consentement du mineur se trouve en outre d'autant plus difficile à rapporter lorsque l'agression provient d'un auteur exerçant l'autorité parentale sur la victime.

B) La preuve de l'absence de consentement du mineur à l'épreuve de l'exercice de l'autorité parentale

Les éléments constitutifs du viol et des agressions sexuelles sur mineurs incestueux sont très difficiles à caractériser dans la mesure où l'usage de violence, menace ou surprise est rare (1), et que la contrainte morale se confond facilement avec l'autorité parentale (2).

²²⁶ *Ibid.*

²²⁷ *Op. cit.*

²²⁸ Article 222-22-1 alinéa 3 du code pénal : « *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.* »

²²⁹ *Op. cit.*

²³⁰ *Op. cit.*

²³¹ Crim., 17 mars 2021, pourvoi n°20-86.318

²³² DARSONVILLE A., « Protection des mineurs victimes de violences sexuelles : le droit, rien que le droit », La rédaction, 9 février 2021, Podcast du droit

1) La difficulté de prouver des violences, menaces ou surprise dans le cadre d'une relation sexuelle incestueuse

Le simple fait que l'acte sexuel ait été commis par un parent du mineur ne permettait pas de conclure à l'absence de consentement de celui-ci. Avant la loi du 21 avril 2021²³³, un enfant agressé par son père ou sa mère devait lui aussi apporter la preuve de son absence de consentement, et cette preuve est souvent plus difficile à rapporter dans une agression sexuelle incestueuse que dans une violence sexuelle ordinaire. Arnaud Montas et Gildas Roussel mettent en avant le fait que « *l'inceste se heurte souvent à une forme d'accord – que l'on ne confondra pas avec le « consentement » – de la victime* »²³⁴, qui rend très rare l'utilisation par l'auteur de violence, menace contrainte ou surprise. Comme l'explique Christian Guéry²³⁵, dans le cadre d'une agression incestueuse, le parent, par sa seule qualité de parent et par son autorité naturelle sur le mineur, n'a pas forcément besoin d'user de violence ou menace. L'enfant est en état de dépendance vis-à-vis de son parent, et se soumet alors, bien que malgré lui, à ses désirs, sans que le parent n'ait besoin de forcer son consentement. Partant, même si le consentement est vicié dans la mesure où l'enfant n'a pas la volonté d'entretenir ce type de relation, le mineur exécute les demandes de ses parents sans être forcé. En effet, les enfants sont éduqués pour obéir à leurs parents. L'historienne Anne-Claude Ambroise-Rendu, affirme que les abus sexuels contre les enfants s'inscrivent « *dans l'autorité paternelle qui structure les familles* »²³⁶. La chercheuse parle de puissance intériorisée du père, qui n'est jamais remise en cause, et qui lui permet d'abuser de ses enfants sans que ceux-ci ne s'y opposent et, partant, sans qu'il ne soit nécessaire pour le parent d'utiliser une forme de violence. En outre, lorsque l'absence d'opposition du mineur ne relève pas de sa peur à l'égard du parent, elle peut aussi relever du lien affectif qui les unit²³⁷. Par ailleurs, on ne peut que très rarement caractériser une surprise dans la mesure où les violences sexuelles incestueuses sont souvent subies à plusieurs reprises dans le temps, dans une période plus ou moins importante²³⁸. En outre, même si ces relations s'accompagnent parfois de menaces, il convient de souligner que celles-

²³³ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

²³⁴ MONTAS A., ROUSSEL G., « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, vol. 32, n°1, 2010, pp. 289-308

²³⁵ GUERY C., « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 47

²³⁶ DAUMAS C., Interview de AMBROISE-RENDU A.-C. « Inceste : « dire non au père est encore très difficile » », Libération, 7 janvier 2021

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ V. en ce sens : L. SALAME, N. DEMORANT, C. ANGOT, « Inceste : pour Christine Angot, quand un enfant devient victime, « il faut tenir, la question c'est survivre » », L'invité de 8h20 : le Grand entretien, France inter, 21 janvier 2021 ;

DAUMAS C., Interview de AMBROISE-RENDU A.-C. « Inceste : « dire non au père est encore très difficile » », Libération, 7 janvier 2021

ci interviennent davantage de façon postérieure à l'acte, notamment par exemple le fait d'enjoindre à l'enfant de ne pas devoir parler, et ne peuvent donc pas servir à prouver l'absence de consentement du mineur à l'acte sexuel²³⁹.

2) *La confusion entre contrainte morale et exercice de l'autorité parentale*

La preuve de la contrainte morale dans une relation sexuelle incestueuse est d'autant plus difficile à rapporter dans la mesure où la prise en considération dans la loi du statut de l'auteur est partielle (*a*), et partant insuffisante (*b*).

a) La prise en considération partielle par le législateur du statut de l'auteur

Au regard de ce qui précède, on comprend aisément qu'il est nécessaire de mettre en avant dans la loi le lien familial unissant l'auteur des faits et le mineur victime. Bien que la contrainte imposée par le parent pour obtenir une relation sexuelle soit difficile à prouver dans le cadre d'une agression incestueuse, celle-ci peut se confondre facilement avec le statut d'ascendant de l'auteur. C'est ce qui est exposé dans l'article 222-22-1 du code pénal qui dispose depuis sa rédaction de 2018 que la contrainte morale peut résulter de l'autorité de droit ou de fait exercée sur le mineur. En outre, l'article 222-31-2 du code pénal dispose « *Lorsque le viol incestueux ou l'agression sexuelle incestueuse est commis contre un mineur par une personne titulaire sur celui-ci de l'autorité parentale, la juridiction de jugement doit se prononcer sur le retrait total ou partiel de cette autorité ou sur le retrait de l'exercice de cette autorité en application des articles 378 et 379-1 du code civil. Elle peut alors statuer sur le retrait de cette autorité ou sur le retrait de l'exercice de cette autorité en ce qu'elle concerne les frères et sœurs mineurs de la victime.* » Cet article, inséré dans le code par la loi de 2010²⁴⁰, était déjà une des préconisations du rapport de la mission parlementaire du l'inceste dirigé par Christian Estrosi en 2005²⁴¹. Ce rapport prévoyait qu'« *Afin de simplifier le parcours judiciaire auquel la victime doit se prêter, il serait sans doute opportun que la question du maintien ou du retrait, total ou partiel, de l'autorité parentale soit systématiquement posée devant les juridictions répressives en cas de condamnation de l'auteur pour des actes de nature incestueuse.* »²⁴² Ainsi, ces considérations et cet article témoignent de la volonté du

²³⁹ GUERY C., « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 47

²⁴⁰ 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

²⁴¹ Christian Estrosi : « Rapport de la mission parlementaire : faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique », 25 juillet 2005, p.41

²⁴² *Idem*

législateur d'adapter la répression de ces infractions sexuelles à la particularité de leur commission.

b) La prise en considération insuffisante par le législateur du statut de l'auteur

Toutefois, les articles 222-24 et 222-28 du code pénal définissent la qualité d'ascendants ou le fait d'exercer une autorité de droit ou de fait sur le mineur comme une circonstance aggravante des infractions de viol et d'agression sexuelle. Partant, dans la mesure où une circonstance aggravante ne peut être retenue comme élément constitutif d'une infraction, la contrainte morale, bien qu'induite dans un rapport incestueux, reste difficile à prouver au titre d'élément constitutif des violences sexuelles, en ce qu'elle ne peut résulter du seul statut d'ascendant de l'auteur ou de l'autorité dont il en découle. Ceci valide encore une fois la théorie du caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal.

Au-delà des difficultés purement factuelles de preuve du défaut de consentement du mineur, il existe des difficultés procédurales et notamment celles liées à la prescription de l'action publique.

Paragraphe 2 : La preuve du défaut de consentement du mineur à l'épreuve de la prescription de l'action publique

La prescription, comme pour toutes les infractions, empêche la répression des infractions par l'écoulement du temps. C'est en ce sens que de nombreux débats sont intervenus pour instaurer une prescription dérogatoire en matière d'infractions sexuelles sur mineurs (*A*), en raison de la particulière vulnérabilité des victimes (*B*).

A) L'évolution législative en faveur d'une prescription dérogatoire des infractions sexuelles sur mineurs

Le législateur a fait le choix récurrent d'instaurer un délai de prescription spécial et différé des infractions sexuelles sur mineurs, tant en matière criminelle (*1*) que délictuelle (*2*).

1) Le délai de prescription de l'action publique spécial et différé en matière de crimes sexuels sur mineurs

Un délai de prescription de l'action publique dérogatoire en matière de crimes sexuels sur mineurs est prévu par l'article 7 du code de procédure pénale. Dans sa version antérieure à la loi du 21 avril 2021²⁴³, le 3^{ème} alinéa dispose « *L'action publique des crimes mentionnés*

²⁴³ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

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. » Ce délai de prescription est ainsi spécial à deux égards, d'une part il est plus long, puisque les crimes se prescrivent dans le droit commun, selon le premier alinéa du même article, en vingt ans, et d'autre part le délai est différé, puisque la prescription ne commence à courir qu'une fois que le mineur a atteint la majorité. Cette augmentation, considérable, du délai a été votée lors de la loi du 3 août 2018²⁴⁴ et s'inscrit dans une évolution législative constante. La première loi instaurant une prescription particulière pour les crimes sexuels sur mineurs fut celle du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs²⁴⁵. Le délai qui leur était appliqué était celui de droit commun, de 10 ans selon l'article 7 du code de procédure pénale, mais la loi²⁴⁶ a ajouté un alinéa 3²⁴⁷ à l'article précisant que « *Le délai de prescription de l'action publique des crimes commis contre des mineurs ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers.* » Ainsi, si aucune dérogation *stricto sensu* n'était posée pour les crimes sexuels, on prenait en compte la minorité à titre général, pour retarder le point de départ de la prescription afin d'instaurer un délai de prescription différé. Cette modification permettait alors, de manière indirecte, de prendre en considération la difficulté vécue par les mineurs de révéler les faits de nature sexuelle dont ils avaient été victimes, notamment la situation d'emprise ou encore le fait que ces infractions aient souvent lieu dans le cercle familial.²⁴⁸ La loi du 10 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité²⁴⁹ a augmenté ce délai à 20 ans, en modifiant encore le troisième alinéa de l'article 7 du code de procédure pénale, qui disposait dès lors « *Le délai de prescription de l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 et commis contre des mineurs est de vingt ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers.* »²⁵⁰ Ici, contrairement à la loi précédente, le législateur a finalement instauré un délai de prescription spécial. En effet, cela concernait les viols simples et aggravés, ainsi que les meurtres ou assassinats précédés ou accompagnés de viol, de torture ou d'actes de barbarie. Cette spécialité fut supprimée par la loi du 27 février 2017²⁵¹, puisque cette loi modifie de

²⁴⁴ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

²⁴⁵ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

²⁴⁶ *Ibid.*

²⁴⁷ *Ibid.* article 25

²⁴⁸ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020

²⁴⁹ Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité

²⁵⁰ *Idem*, article 72

²⁵¹ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale

nouveau l'article 7 du code de procédure pénale en augmentant le délai de prescription de tous les crimes de 10 à 20 ans, sans modification pour les mineurs victimes de crimes sexuels. C'est afin de rétablir une spécialité que la loi du 3 août 2018²⁵² est venue augmenter le délai de vingt à trente ans pour les crimes en question.

2) Le délai de prescription de l'action publique spéciale et différé en matière d'agressions sexuelles sur mineurs

En matière d'agressions sexuelles sur mineurs, l'article 8 du code de procédure pénale, fixant le délai de prescription de l'action publique pour les délits à 6 ans, prévoit là aussi un délai spécifique et dispose en son alinéa 2 « *l'action publique des délits mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, (...) se prescrit par dix années révolues à compter de la majorité de ces derniers* ». L'article 706-47 renvoie aux délits d'agressions sexuelles.

Ces évolutions législatives font écho aux caractéristiques de ces infractions et notamment à la difficulté qu'ont les victimes à dénoncer ces faits.

B) La nécessité d'une prescription étendue au regard de la vulnérabilité des victimes

Les victimes d'infractions sexuelles, lorsqu'elles sont mineures, se retrouvent souvent dans l'impossibilité de déclencher l'action publique pour les crimes et délits qu'elles subissent en raison de la vulnérabilité dont elles sont sujettes, que celle-ci soit liée à leur âge (1), aux liens qui les unissent avec l'auteur de l'infraction (2), ou encore au phénomène d'amnésie traumatique (3).

1) La vulnérabilité liée au jeune âge de la victime

Cette volonté d'étendre les délais de prescription en la matière avait d'abord été mise en avant en tant que recommandation dans la mission de consensus qui s'était tenue en 2017, dirigée par Flavie Flament et Jacques Calmettes²⁵³. Le rapport justifiait alors la nécessité d'une prescription dérogatoire pour ces crimes en ce qu'ils étaient commis « *sur des personnes par nature vulnérables* »²⁵⁴ et qu'ils génèrent, chez ces personnes, des difficultés pour parler de ces faits et dénoncer les auteurs, ainsi que des conséquences négatives à long terme, sur les victimes, autant psychiques que physiques²⁵⁵. Était mis en avant à ce titre l'incompréhension

²⁵² *Op. cit.*

²⁵³ Mission de consensus sur le délai de prescription applicable aux crimes sexuels commis sur les mineur.e.s, Flavie Flament et Jacques Calmettes, 10 avril 2017

²⁵⁴ *Ibid.* p. 7

²⁵⁵ *Ibid.* p. 7

des victimes qui, à un très jeune âge, « *ne sont souvent pas conscient[e]s du caractère transgressif des viols et agressions sexuelles et peuvent considérer que ces actes sont normaux, surtout qu'ils ont été commis par des adultes en qui ils ont confiance* »²⁵⁶. L'écrivaine Christine Angot, elle-même victime d'inceste, souligne dans un entretien sur France inter que les enfants d'un jeune âge n'ont d'ailleurs pas le vocabulaire nécessaire pour décrire les faits sexuels qu'ils subissent²⁵⁷. Également, même lorsque les mineurs ont conscience d'avoir subi une agression, cette conscience entraîne généralement une honte et une grande culpabilité qui rendent la parole difficile à ce sujet.

2) *La vulnérabilité liée au lien unissant l'auteur et la victime*

La vulnérabilité de la victime peut en outre résulter de son lien avec l'auteur. Lorsque l'auteur a une autorité sur le mineur, par exemple s'il s'agit d'un parent, ou même d'un entraîneur sportif ou d'un représentant religieux, il est « *plus difficile de s'exprimer, et d'accuser un membre d'un cercle clos, au sein duquel l'autorité est démultipliée par le caractère restreint et structuré du groupe* »²⁵⁸. On se rend compte en effet, notamment avec les affaires récentes sur le sujet, et c'est notamment ce qui est dénoncé dans *La familia grande*²⁵⁹, que le fait que l'auteur des agressions soit dans un cercle rapproché, comme la famille, empêche la victime de dénoncer ces faits par peur de mettre à mal l'équilibre de ce groupe.

3) *La vulnérabilité liée au phénomène d'amnésie traumatique*

Le rapport de la mission de consensus met également en exergue le problème de l'amnésie traumatique souvent vécue par les victimes, qui entraîne une incapacité pour certaines victimes à se souvenir du traumatisme subi²⁶⁰. Alexandra Louis, dans son rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018²⁶¹, définit ce phénomène comme l'*« absence totale ou partielle des souvenirs liés à l'agression sexuelle ou au viol. Il est possible que les victimes aient des souvenirs précis des événements précédant les violences, puis un trou noir des faits de l'agression et de ceux qui lui ont tout de suite suivis. La victime se dissocie des événements terrifiants et insupportables qui lui ont été infligés. C'est un peu comme si rien ne s'était passé,*

²⁵⁶ *Ibid.*

²⁵⁷ L. SALAME, N. DEMORANT, C. ANGOT, « Inceste : pour Christine Angot, quand un enfant devient victime, « il faut tenir, la question c'est survivre » », L'invité de 8h20 : le Grand entretien, France inter, 21 janvier 2021

²⁵⁸ *Ibid.*

²⁵⁹ KOUCHNER C., *La familia grande*, Seuil, 2021, 203 pages

²⁶⁰ Mission de consensus sur le délai de prescription applicable aux crimes sexuels commis sur les mineur.e.s, Flavie Flament et Jacques Calmettes, 10 avril 2017

²⁶¹ *Op. cit.*

ou presque, puisque la victime porte alors en elle les stigmates silencieux de son agression, qui se révèlent au travers de symptômes de stress post-traumatiques. »²⁶² On comprend alors aisément que, dans ce cas, une prescription étendue peut être de rigueur dans la mesure où durant un long moment, la victime qui ne se souvient pas des actes qu'elle a subis, ne peut les dénoncer. Cet allongement semble d'autant plus nécessaire dans la mesure où la jurisprudence refuse de consacrer l'amnésie traumatisante. A titre d'exemple, en 2013 la Cour de cassation rend un arrêt dans lequel elle affirme que « *le conseil de Mme X... invoque un certificat délivré par un psychiatre relevant une « amnésie lacunaire fréquemment rencontrée dans les suites de traumatisme infantile », mais qu'il ne saurait être déduit de cette phrase que le sujet se serait trouvé pendant trente-deux années dans une situation de totale perte de conscience* »²⁶³. Ainsi, ce phénomène n'est pas reconnu comme une cause de suspension ou d'interruption de la prescription de l'action publique.

Toutes ces raisons ont été reprises par le rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes²⁶⁴, sorti quelques mois avant l'adoption de la loi, qui précisait que « *l'allongement de ce délai de vingt à trente ans est pertinent et ils saluent ici une réforme importante qui se place dans le camp des victimes.* »²⁶⁵. C'est alors naturellement que cet allongement du délai de 20 à 30 ans a été adopté le 3 août 2018²⁶⁶ et qu'il est désormais prévu par l'article 7 du code de procédure pénale. Cependant, cela ne suffit pas à assurer une répression suffisante de ces infractions.

Section 2 : La répression insuffisante des infractions de violences sexuelles sur mineurs

Les sanctions prononcées pour les infractions de violences sexuelles sur mineurs caractérisées sont, de manière générale, insuffisantes pour composer une répression efficace, notamment en raison du fait que l'inceste n'agisse dans le code pénal français qu'à titre de surqualification (paragraphe 1), ainsi que du fait de la correctionnalisation du viol, découlant directement de la difficulté de preuve de ces éléments constitutifs (paragraphe 2).

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ Cass. crim., 18 déc. 2013, n° 13-81.129 : JurisData n° 2013-029043. – V. aussi en ce sens : Cass. crim., 17 oct. 2018, n° 17-86.161 : JurisData n° 2018-017997. ; Cass. crim., 25 mars 2020, n° 19-86.509 : JurisData n° 2020-004617

²⁶⁴ Rapport d'information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, Erwan Balanant et Marie-Pierre Rixains, 19 avril 2018

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ *Op. cit.*

Paragraphe 1 : L'insuffisance de la surqualification symbolique des violences sexuelles incestueuses

La reconnaissance de l'inceste dans le code pénal français n'est que déclarative (*A*) tandis que sa conception est minimaliste (*B*), entraînant partant un traitement juridique de ces faits non proportionné à leur gravité (*C*).

A) La reconnaissance seulement déclarative de l'inceste en droit pénal français

Le code pénal, avant la loi du 21 avril 2021²⁶⁷, ne connaissait ni d'infraction autonome (*1*), ni de circonstance aggravante spéciale d'inceste (*2*), et celles-ci se heurteraient au principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines (*3*).

1) La nécessité d'une infraction sexuelle qualifiée pour recevoir la surqualification d'« inceste »

Pour recevoir la qualification d'incestueuse, l'infraction de viol ou d'agression sexuelle doit, dans un premier temps, être qualifiée en tous ses éléments constitutifs. C'est pourquoi plusieurs auteurs parlent de « surqualification »²⁶⁸ de l'inceste. En effet, l'article 222-31-1 du code pénal qualifie d'incestueuses les violences sexuelles commises par « *1° Un ascendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait.* » Il convient de noter que la loi du 14 mars 2016 sur la protection de l'enfance²⁶⁹ prévoyait initialement que cet article ne traite que des violences commises sur la personne d'un mineur. Cette absence de protection des victimes majeures, lourdement critiquée²⁷⁰, fut corrigée par la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes²⁷¹. Mais il ne s'agissait pas là de la seule critique faite à l'égard de la protection offerte par le code pénal français pour les victimes contre les actes sexuels incestueux. En effet, cet article ne peut s'assimiler à une infraction autonome d'inceste. Il ne

²⁶⁷ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

²⁶⁸ PERRIER J-B, « Le retour de l'inceste dans le code pénal », RSC, n°2, 7 août 2016 ;

BONFILS P., « 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 », RSC, Dalloz, 2010 ; GOUTTENOIRE A., « La loi du 14 mars 2016 : de la protection de l'enfance à la protection de l'enfant », La lettre juridique, n° 649, 31 mars 2016 ;

MONTAS A., ROUSSEL G., « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », Archives de politique criminelle, vol. 32, no. 1, 2010, pp. 289-308

²⁶⁹ *Op. cit.*

²⁷⁰ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020

²⁷¹ *Op. cit.*

vient seulement que qualifier certaines infractions préexistantes d'incestueuses, sans n'y attacher aucun effet juridique. Comme le précise la Professeure Adeline Gouttenoire, cette surqualification n'emporte « *aucune influence ni sur la constitution de l'infraction ni sur l'aggravation de sa répression.* »²⁷² La portée de cette loi peut alors être qualifiée de « *déclarative, plus exactement qualificative* »²⁷³, en ce que « *l'introduction de l'inceste dans le code pénal répond en réalité à un double objectif : satisfactoire et statistique* »²⁷⁴ comme le souligne le Professeur Jean-Baptiste Perrier. L'article permet partant de répondre à une demande de prise en considération des victimes, et de leurs associations, et de pouvoir faire état du nombre de violences sexuelles incestueuses dénoncées et avérées, et ainsi d'en connaître l'ampleur²⁷⁵. Cependant, avant la loi du 21 avril 2021²⁷⁶, il était toujours nécessaire pour les victimes de démontrer l'existence des éléments constitutifs des infractions, nonobstant le statut de l'agresseur, et de qualifier de prime abord une infraction de violence sexuelle. Comme l'affirment Armand Montas et Gildas Roussel à propos de la définition de l'inceste dans le Code pénal, « *la loi exerce un triple rôle : exemplaire, symbolique et prophylactique, incitant à adopter certains comportements et dissuadant d'en adopter d'autres* »²⁷⁷. On peut toutefois soutenir que ce qui incite le plus fortement les individus à ne pas entretenir de telles relations, est de les interdire clairement. Symboliquement, par un allégement des modes de preuve, les victimes se sentiraient davantage entendues.

2) *Le terme « inceste » absent des circonstances aggravantes des infractions sexuelles*

En outre, les articles 222-24 et 222-28 du Code pénal définissent comme circonstance aggravante, respectivement du viol et des autres agressions sexuelles, le fait que l'acte soit « *commis par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* », punissant ainsi ces faits de 20 ans de réclusion criminelle, et de 7 ans d'emprisonnement et 100 000€ d'amende. On constate dès lors que, si les infractions peuvent avoir une surqualification, la circonstance aggravante n'utilise pas le terme d'inceste. Le statut d'ascendant ou de personne ayant une autorité sur la victime est une circonstance aggravante parmi toutes les autres, et ne fait pas l'objet d'un article à part entière. Il ne s'agit alors pas

²⁷² GOUTTENOIRE A., « La loi du 14 mars 2016 : de la protection de l'enfance à la protection de l'enfant », La lettre juridique, n° 649, 31 mars 2016

²⁷³ PERRIER J-B, « Le retour de l'inceste dans le code pénal », RSC, n°2, 7 août 2016

²⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁵ *Ibid.*

²⁷⁶ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

²⁷⁷ MONTAS A., ROUSSEL G., « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », Archives de politique criminelle, vol. 32, no. 1, 2010, pp. 289-308

d'une circonstance aggravante particulière. A ce titre, le rapport de la députée Alexandra Louis souligne l'opportunité de créer une circonstance aggravante spécifique²⁷⁸, en ce qu'elle permettrait d'intégrer l'inceste « à son juste degré de gravité dans l'échelle des peines. »²⁷⁹. Lors des débats de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal²⁸⁰, la question de cette création se posait déjà et un amendement proposait cette intégration dans le code pénal²⁸¹. Cet amendement n'avait toutefois pas été adopté, en ce qu'une telle circonstance aggravante n'aurait pas permis une application immédiate de la loi, selon le principe de la non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère²⁸². C'est pourquoi cette notion n'avait été intégrée qu'en tant que surqualification.

3) La création d'une infraction autonome d'inceste à l'épreuve du principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines

Le rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018²⁸³ met en avant que, selon l'ONPE²⁸⁴, 30 % des violences sexuelles sur mineurs sont commises au sein de la cellule familiale, et les magistrats auditionnés portent ce chiffre à 60% des viols sur mineurs dont ils ont connaissance²⁸⁵. Il fait également état qu'« *en 2019, 30 condamnations d'agressions sexuelles incestueuses ont été prononcées et 14 condamnations ont été recensées et enregistrées dans le logiciel Cassiopée du 1er janvier au 24 juillet 2020* »²⁸⁶. La gravité de ces cas s'illustre aussi par le fait que les enfants victimes d'inceste développent eux-mêmes des comportements sexuels inappropriés à partir d'un très jeune âge²⁸⁷. Beaucoup de voix s'élèvent alors en faveur d'une infraction autonome d'inceste, ou plus précisément de viol incestueux. Le rapport fait état que plusieurs associations souhaiteraient une infraction *sui generis*, constitutive automatiquement d'un viol lorsque des rapports sexuels auraient eu lieus entre un mineur et un majeur qui seraient de la même famille²⁸⁸. Toutefois, si la création d'une telle infraction semble nécessaire à l'égard de la prise en considération des victimes, elle ne semble pas

²⁷⁸ *Op. cit.*, p. 143

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ 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

²⁸¹ Laurent Béteille, « Rapport de la commission des lois la proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes », n° 465, 17 juin 2009, p. 32

²⁸² *Ibid.*, p. 33

²⁸³ *Op. cit.*

²⁸⁴ Observatoire Nationale de la Protection de l'Enfance

²⁸⁵ *Op. cit.*, pp. 140-141

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 141

²⁸⁷ *Ibid.*, p. 142

²⁸⁸ *Ibid.*, p. 143

fondamentalement nécessaire d'un point de vue strictement juridique. Alexandra Louis précise à ce titre que la majorité des professionnels déconseillent l'intégration dans le code pénal d'une infraction autonome d'inceste²⁸⁹. En réalité, on peut facilement admettre qu'une infraction autonome d'inceste serait dans tous les cas déclarée contraire à la Constitution. En effet, il existe déjà une circonstance aggravante liée au lien familial entre l'auteur et la victime. Or, il découle de l'article 8 de la DDHC²⁹⁰ que le législateur doit respecter le principe de nécessité des peines. Partant, « *celui-ci, exigeant la création d'infractions pénales claires, empêcherait de ce fait la rédaction d'une nouvelle infraction redondante au regard des éléments matériels des infractions de viol et d'agression sexuelle* »²⁹¹. En outre, quelle serait la nécessité de définir une infraction autonome de violence sexuelle incestueuse si ces mêmes faits peuvent déjà être punis plus sévèrement ? La véritable utilité serait d'instaurer une présomption d'absence de consentement du mineur victime d'agression sexuelle lorsque le prévenu a un lien familial avec celui-ci. Toutefois telle n'a pas été la volonté du législateur qui, nous le verrons, le 21 avril 2021²⁹², a intégré dans le code pénal deux infractions autonomes de viol incestueux²⁹³ et d'agression sexuelle incestueuse sur mineur de dix-huit ans²⁹⁴.

Cette lacune dans le droit français se couplait en outre d'une conception minimaliste de l'inceste.

B) Une conception juridique française minimaliste de l'inceste

Afin de respecter le principe de légalité des délits et des peines, le législateur a alors défini l'inceste dans le code pénal conformément au cadre strict posé par le Conseil constitutionnel (1). Cette conception minimaliste entraîne de nombreux manques, et notamment l'absence des relations sexuelles fraternelles au titre des circonstances aggravantes des violences sexuelles (2).

1) Une surqualification strictement encadrée par le Conseil constitutionnel

L'introduction de l'inceste dans le code pénal fait suite à une longue série de censure par le Conseil constitutionnel. Le 8 février 2010²⁹⁵, le législateur introduit dans le Code pénal

²⁸⁹ *Op. cit.*

²⁹⁰ Cons. Const., décision n°80-127 DC, 20 janvier 1981 « Sécurité et liberté »

²⁹¹ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 143

²⁹² Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

²⁹³ Article 222-23-2 du code pénal

²⁹⁴ Article 222-29-3 du code pénal

²⁹⁵ 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

une définition de l'inceste²⁹⁶ à l'article 222-31-1 disposant ainsi « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un descendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait.* ». Cependant, cette surqualification²⁹⁷ fut déclarée, quasiment immédiatement, contraire à la Constitution par deux décisions du Conseil constitutionnel du 16 décembre 2011²⁹⁸ et du 17 février 2012²⁹⁹ sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, imposant, en vertu du principe de légalité des délits et des peines, une rédaction de la loi dans des termes suffisamment clairs et précis. Les termes de « *toute autre personne* » ou encore « *membre de la famille* » n'étaient pas, selon les sages, suffisamment précis³⁰⁰. La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant³⁰¹ reprend cette surqualification, en restreignant les possibles auteurs d'infractions incestueuses à un descendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ou encore le conjoint, le concubin ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec ceux-ci, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. La loi du 3 août 2018³⁰² relative aux violences sexuelles et sexistes vient étendre la qualification de relation incestueuse aux cas où la victime n'est pas mineure, tout en gardant le même champs pour l'auteur. Malgré le fait que cette modification soit uniquement à visée symbolique, on constate qu'elle ne suffit pas à remplir pleinement sa fonction, et pour cause : la nature des liens familiaux pris en compte dans l'article est relativement restreinte. Par exemple, sont exclues de cette qualification les agressions sexuelles commises par un cousin ou une cousine. La loi du 8 février 2010³⁰³, avant d'être déclarée contraire à la Constitution, étendait la qualification à tout membre de la famille exerçant sur le mineur une autorité de droit ou de fait, ce qui était nettement plus étendu. Dans la mesure où il ne s'agit pas d'une infraction mais seulement d'une surqualification, on peut se demander pourquoi la définition de la relation incestueuse proposée par l'article 222-31-1 du Code pénal n'est pas plus large. On peut donc, comme l'affirme Marie Romero, conclure à une « *conception minimalist* »³⁰⁴ française de l'inceste. Déjà en 2010 la professeure

²⁹⁶ BONFILS P., « 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 », RSC, Dalloz, 2010

²⁹⁷ BONFILS P. GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Précis, Dalloz, 2e éd, 2014

²⁹⁸ Cons. Const., 16 déc. 2011, n° 2011-163 QPC

²⁹⁹ Cons. Const., 17 févr. 2012, n° 2012-222 QPC

³⁰⁰ BONFILS P. GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Précis, Dalloz, 2e éd, 2014

³⁰¹ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant

³⁰² Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

³⁰³ *Op. cit.*

³⁰⁴ ROMERO M., « Qualifier pénalement l'inceste : les incertitudes du droit pénal français contemporain » in *La peur de l'inceste*, Cahiers d'anthropologie sociale, l'Herne, n°15, 2017, pp. 127-143

Christine Lazergues s'opposait à une définition des relations pouvant être qualifiées d'incestueuses dans le code pénal. Elle soutenait en ce sens qu'« *il n'est pas judicieux de nommer l'inceste dans le code pénal en laissant croire que seul est incestueux ce qui est pénalisé. Il y a bien d'autres comportements incestueux que les comportements pénalement sanctionnés.* »³⁰⁵

2) *Les relations entre frères et sœurs absentes des circonstances aggravantes des violences sexuelles*

Par ailleurs, il convient de souligner que les circonstances aggravantes prévues par les articles 222-24 et 222-28 du code pénal ne recouvrent pas tous les cas prévus par l'article 222-31-1 ancien du même code. En effet, l'aggravation n'a lieu que lorsque les violences sexuelles sont commises par un ascendant ou une personne ayant une autorité de droit ou de fait sur le mineur. Le frère ou la sœur, la tante ou encore le neveu par exemple, pourtant cités dans l'article 222-31-1, n'exercent pas nécessairement d'autorité sur le mineur et ne sont évidemment pas des descendants, ce qui exclut *de facto* la possibilité de voir leur répression aggravée sur ce fondement. Pourtant, si les abus sexuels entre frères et sœurs font l'objet d'une attention moindre que ceux entre parents et enfants, ils ne sont pas rares. Jean-Paul Mugnier, éducateur spécialisé et fondateur de l'Institut d'Etudes Systémiques à Paris, affirme que les violences sexuelles au sein de la fratrie sont les plus répandues après celles commises par un parent³⁰⁶. Il explique que le manque de recherches sur le sujet est dû à une « *banalisation de ces actes très souvent attribués à la découverte de la sexualité entre frères et sœurs à peine pubères* »³⁰⁷. L'auteur met toutefois en avant le fait qu'il soit nécessaire de distinguer les agressions des expériences entre enfants d'une même famille « *pour voir « comment faire* »³⁰⁸, et qui ne sont pas traumatisantes en ce qu'elles sont en général anecdotiques et consenties. Il souligne l'inopportunité d'une répression pénale dans ces cas dans la mesure où un rappel des parents sur l'interdiction d'actes sexuels entre frère et sœur est suffisant³⁰⁹. Au-delà de ces situations, il théorise trois scénarios d'abus sexuels dans la fratrie. D'abord, quand l'auteur est l'enfant brillant de la fratrie³¹⁰. Dans ce cas, un des enfants, souvent un garçon,

³⁰⁵ LAZERGUES C., « Politique criminelle et droit de la pédophilie », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, n°3, 2010, pp 725-741

³⁰⁶ MUGNIER J-P., « Les abus sexuels dans la fratrie », Carnet de notes sur les maltraitances infantiles, n°5, 2016, p. 48

³⁰⁷ *Ibid.*

³⁰⁸ *Ibid.*

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ *Ibid.*

fait l'objet d'un « *surinvestissement* »³¹¹ des parents, en ce qu'il reçoit davantage de pression et d'attention quant à sa réussite scolaire, par exemple, et notamment de la part du père. A l'adolescence, cet enfant va faire face à des échecs et va douter de sa capacité à satisfaire ses parents. Dans le même temps, il se rend compte de la différence de traitement avec l'autre membre de la fratrie, par exemple une sœur. Lorsque, à 13-14 ans, ses amis lui raconteront leurs premiers exploits sexuels, ayant peur de ne pas plaire à d'autres filles, il tentera de reproduire la même chose avec sa sœur. Toutefois, celle-ci craignant de ne pas être crue et se sentant mise à l'écart par ses parents, ne racontera pas les agressions subies, et ne s'opposera pas à son frère, même si elle n'est pas consentante et qu'elle a conscience de l'anormalité de ces actes³¹². Le second se déroule lorsque ces abus découlent des doutes des enfants ou adolescents sur leur sexualité. Il l'illustre par l'exemple d'un garçon qui, à l'âge de 7, pensait être homosexuel et qui « *s'inquiétant de sa normalité, tentant sans succès d'en informer ses parents (...) avait pendant des années abusé sa sœur pour se convaincre qu'il [ne l'était] pas* »³¹³. Dans ce cas, la victime se sentait aussi délaissée par ses parents, affirmant qu'ils « *faisaient tout pour ne rien voir* »³¹⁴. Enfin, le troisième scénario est lorsque les membres de la fratrie luttent contre un vide affectif. Cette catégorie est la plus fréquente d'après Jean-Paul Mugnier, qui affirme que « *quelle que soit la durée et la nature des abus, un seul constat : le vide affectif des enfants et un sentiment de solitude contre lequel ils doivent lutter ce qui à l'adolescence se traduit par un vide existentiel qu'une activité sexuelle pulsionnelle tente d'apaiser mais qui aurait pu trouver une autre issue* »³¹⁵. On constate alors par cette théorisation que les parents ne permettent pas à la victime de se sentir considérée. En effet, soit elle ne se sent pas légitime à parler, soit les parents ne voient pas – ou ne veulent pas voir – ces actes comme un réel problème, alors même que le mineur qui les subit en reste traumatisé. Il est alors nécessaire que les circonstances aggravantes des infractions sexuelles, à titre répressif mais davantage encore à titre symbolique, prennent en compte ces situations, pour témoigner de la reconnaissance de leur gravité.

Il convient dès lors de souligner que l'inceste ne fait pas l'objet d'un traitement juridique proportionnel à sa gravité.

³¹¹ *Ibid.*

³¹² *Ibid.*

³¹³ *Ibid.*

³¹⁴ *Ibid.*

³¹⁵ *Ibid.*

C) Le traitement juridique de l'inceste non proportionné à la gravité de ces infractions

La gravité des relations sexuelles incestueuses s'illustre notamment par les conséquences désastreuses de ces faits sur les victimes (2), entraînant une réprobation pluridisciplinaire de ceux-ci (1).

1) *La réprobation pluridisciplinaire de l'inceste*

Si les débats sur la création d'une infraction de violence sexuelle incestueuse autonome revient aussi souvent sur la scène législative c'est en raison de la gravité qui découle de ces faits. Celle-ci se devine d'abord par la pluralité des matières l'ayant étudiée. On compte notamment la biologie, l'anthropologie, l'ethnologie, la sociologie ou encore la psychanalyse³¹⁶, qui sont tant de disciplines ayant cherché à expliquer ces relations. Depuis toujours règne l'idée que l'inceste entraînerait des pathologies sur les enfants et qu'il existerait donc, en plus de l'interdiction pénale, une interdiction scientifique fondée sur le lien de sang³¹⁷. Les ethnologues parlent même « *d'évitement de la consanguinité* »³¹⁸, en ce qu'il existerait une tendance naturelle à éviter l'inceste chez toutes les espèces³¹⁹. Par exemple les singes ne se reproduisent pas entre eux.³²⁰ Dans la majorité des sociétés humaines, l'inceste est un véritable tabou social en ce qu'il représente un « *crime contre la structure universelle de la généalogie* »³²¹. D'ailleurs, le terme « *inceste* » vient du latin *incestus* qui signifie souillé, ou impur³²². Cependant, comme l'expliquait Claude Levi-Strauss, si l'interdit de l'inceste était ancré biologiquement, il ne serait pas nécessaire de l'intégrer dans le code pénal au titre d'une infraction, en ce que l'individu s'abstiendrait naturellement³²³. Or, Marie Romero a étudié 27 affaires de violences sexuelles intrafamiliales sur mineurs, jugées en tribunal correctionnel et pour enfant au cours de l'année 2010 afin de rendre une étude sur la question³²⁴. Cette étude démontre que « *plus de la moitié des liens incestueux sont issus de la parenté en ligne directe*

³¹⁶ GERMAIN D., « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2010, n°3, pp. 599 à 611

³¹⁷ *Ibid.*

³¹⁸ LESCROART M., « L'évitement naturel de la consanguinité », in dossier Sciences et vie, « Les nouveaux mystères de l'hérédité », Hors-série, n° 230, mars 2005, p. 107

³¹⁹ *Ibid.*

³²⁰ *Ibid.*

³²¹ MONTAS A., ROUSSEL G., « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », Archives de politique criminelle, vol. 32, no. 1, 2010, pp. 289-308

³²² *Ibid.*

³²³ LEVIS-STRAUSS C., *Les structures élémentaires de la parenté*, Mouton, Paris, 1967, p. 21

³²⁴ ROMERO M., « Qualifier pénalement l'inceste : les incertitudes du droit pénal français contemporain » in *La peur de l'inceste*, Cahiers d'anthropologie sociale, l'Herne, n°15, 2017, pp. 127-143 ;

V. également en ce sens : MUGNIER J.-P., « Les abus sexuels dans la fratrie », Carnet de notes sur les maltraitances infantiles, n°5, 2016, p. 48

(pères) ou collatérale (frères, oncles ou cousins) »³²⁵, ce qui témoigne bien du triste constat que l’interdit social ne suffise pas à l’éviter, même en ligne directe, et qu’ainsi une répression pénale soit nécessaire.

2) *Les conséquences des faits incestueux sur les victimes*

Par ailleurs, cette gravité découle également du traumatisme résultant de ces faits chez l’enfant. Déjà un rapport de 2005³²⁶ préconisait qu’il n’y ait pas de différenciation entre les simples agressions sexuelles incestueuses et les viols incestueux dans la mesure où « *La nature des actes subis dans ce cadre importerait peu, l’ampleur du traumatisme vécu étant indépendant de la gravité objective des faits.* »³²⁷ Il en découle alors la thèse de « *l’indifférenciation* », s’inspirant du code criminel canadien, qui ne traite que de « *rapports sexuels* »³²⁸ sans en différencier la nature. Cependant, selon le principe de proportionnalité, il est nécessaire de conserver une gradation dans les incriminations. La considération de gravité plus importante des violences sexuelles incestueuses que des agressions sexuelles ordinaires se retrouve dans le rapport d’évaluation de la loi du 3 août 2018³²⁹ affirmant que « *de façon unanime, les professionnels de santé rencontrés ont insisté sur l’importance du retentissement psychologique spécifique de la victime d’inceste par rapport à une victime de viol non incestueux* »³³⁰. L’exposé des motifs de la loi du 8 février 2010 tendant à inscrire l’inceste commis sur les mineurs dans le code pénal mettait en avant, dès le deuxième paragraphe, le fait qu’il soit « *un déterminant majeur des tentatives de suicide, de l’anorexie, des addictions aux stupéfiants et à l’alcool, des troubles de la personnalité, des comportements à risque et de nombreuses psychopathologies* »³³¹ ainsi qu’un « *déterminant de l’échec scolaire, professionnel et relationnel, de l’exclusion sociale.* »³³² De plus, en ce que l’inceste se passe au sein de la famille, c’est toute la structure familiale qui est déstabilisée par ce fait. Gildas Roussel et Arnaud Montas témoignent en ce sens que « *plus peut-être que chacun de ses membres considéré isolément, c’est la sphère familiale dans son entièreté, considérée comme cellule universelle et sphère relationnelle d’épanouissement affectif et social, qui doit faire*

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Christian Estrosi : « Rapport de la mission parlementaire : faut-il ériger l’inceste en infraction spécifique », 25 juillet 2005

³²⁷ *Ibid.*, p. 31

³²⁸ Article 155 du code criminel canadien

³²⁹ *Op. cit.*, p.142

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ Proposition de loi enregistrée à la Présidence de l’Assemblée nationale le 18 mars 2009, n°1538, Visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l’inceste sur les mineurs et à améliorer l’accompagnement médical et social des victimes, p. 3

³³² *Ibid.*

l'objet d'une réponse juridique pertinente et circonstanciée »³³³. En outre, plusieurs entretiens ou témoignages de victimes – ou de l’entourage de ces victimes³³⁴ - aujourd’hui adultes, font état des répercussions de ces abus sexuels. L’actualité fut par exemple marquée par l’ouvrage de Camille Kouchner dénonçant, certes l’inceste dont son frère jumeau a été victime, mais également les répercussions qu’ont eu ces faits sur l’ensemble de la famille, et notamment sur elle-même, faisant état d’un mal être constant l’habitant depuis qu’elle en a eu connaissance³³⁵. Aussi, lors d’un entretien, Christine Angot, autrice, victime d’inceste, met en avant la nécessité pour la société de prendre le relai pour la protection des enfants victimes, puisque la protection des parents se trouve défaillante³³⁶. Beaucoup de victimes relatent également des épisodes psychiatriques reliés au traumatisme vécu dans leur enfance. A titre d’exemple, au micro de la radio Europe 1, une femme violée par son beau-père de ses dix à douze ans évoque ce qu’elle a subi pendant les agressions, mais également les difficultés de sa reconstruction qui l’ont suivies en tant qu’adulte. Elle raconte alors : « *À la naissance de mon deuxième enfant, j’ai fait une psychose puerpérale qui s’est caractérisée par des hallucinations très fortes* »³³⁷, dans lesquelles elle voyait par exemple son beau-père « *traverser les murs avec un couteau pour poignarder [son] nouveau-né. Et quand vous dites ça à votre mari et que ça se répète, vous vous retrouvez d’office en psychiatrie.* »³³⁸ Elle dit alors avoir passé 6 semaines en psychiatrie, dont un isolement de 10 jours pour ces hallucinations. Quelques temps plus tard, en raison d’une dépression, elle est de nouveau hospitalisée trois semaines. Elle affirme enfin qu’il lui aura fallu « *plus de 20 ans de psychothérapie et d’analyse* »³³⁹. Partant, si l’inceste est si grave, pourquoi ces faits sont-ils pris en compte parmi les infractions de droit commun ? On peut alors noter la pertinence de la loi du 21 avril 2021³⁴⁰, créant des infractions autonomes d’inceste.

Outre les difficultés afférentes à la qualification des violences sexuelles incestueuses sur mineurs, les difficultés de prouver l’absence de consentement du mineur, en règle générale,

³³³ MONTAS A., ROUSSEL G., « La pénalisation explicite de l’inceste : nommer l’innommable », Archives de politique criminelle, vol. 32, no. 1, 2010, pp. 289-308

³³⁴ Ou entourage de victime : V. en ce sens KOUCHNER C., *La familia grande*, Seuil, 2021

³³⁵ *Ibid.*

³³⁶ L. SALAME, N. DEMORANT, C. ANGOT, « Inceste : pour Christine Angot, quand un enfant devient victime, « il faut tenir, la question c’est survivre » », L’invité de 8h20 : le Grand entretien, France inter, 21 janvier 2021

³³⁷ « Le témoignage bouleversant de Sandrine, victime d’inceste », Europe 1, 19 janvier 2021

³³⁸ *Ibid.*

³³⁹ *Ibid.*

³⁴⁰ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste

pour toutes les infractions de violences sexuelles, entraîne régulièrement la correctionnalisation du crime de viol, rendant d'autant plus insatisfaisante sa répression.

Paragraphe 2 : La correctionnalisation du viol découlant de la difficulté de prouver ses éléments constitutifs

La correctionnalisation peut se définir comme « *une diminution de la catégorie des crimes au profit de celle des délits* »³⁴¹. La pratique de la correctionnalisation du crime de viol répond à plusieurs objectifs (A), et entraîne un échec répressif de cette infraction, témoignant également de son échec symbolique (B).

A) *Les différents objectifs de la correctionnalisation*

Certains auteurs affirment que la correctionnalisation du viol permet de garantir le principe de bonne administration de la justice (1), ainsi que, paradoxalement, la protection de la victime (2).

1) La correctionnalisation du viol pour bonne administration de la justice

Bien que le rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018³⁴² précise ne pas pouvoir faire état de chiffre quant à la correctionnalisation du viol, ce phénomène est connu et décrié. Une étude menée par Sylvie Grunwald au sein du TGI de Nantes en 2016 permet de le mettre en avant³⁴³. Elle affirme avoir « *dépouillé, sur une année complète, les dossiers d'assises ayant retenu la qualification de viol, mais aussi les dossiers du tribunal correctionnel qui a eu à connaître des infractions d'agressions sexuelles autres que le viol, de harcèlement sexuel, de corruption de mineurs, d'atteintes sexuelles, de violences conjugales avec ITT* »³⁴⁴. Elle démontre qu'en début de procédure, le parquet retient régulièrement la qualification de viol, puisqu'elle présente un intérêt pour les moyens d'enquête qui pourront être mis en œuvre. Malheureusement, plus la procédure avance, plus la « *qualification criminelle s'efface souvent au profit d'une qualification délictuelle modifiant alors l'énoncé et la perception de la gravité de l'acte commis et entraînant la modification du circuit procédural.* »³⁴⁵. Sylvie Grunwald théorise cette correctionnalisation sous plusieurs modèles. D'une part la

³⁴¹ AGOSTINI F., « Aménagement des règles de compétence en matière pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, février 2005, n°121

³⁴² Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020

³⁴³ GRUNVALD S., « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », AJ Pénal, n°6, juin 2017, p. 269

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ *Ibid.*

« correctionnalisation-gestion »³⁴⁶, selon laquelle la qualification délictuelle permettrait une meilleure administration de la justice. Dans ce cas, la correctionnalisation est un outil de gestion permettant de réguler le flux judiciaire et réduire le temps passé sur les affaires. D'autre part, elle constate une « correctionnalisation-dénaturation »³⁴⁷, qui viendrait lourdement troubler les éléments constitutifs du viol. Elle affirme qu'il « *n'y aurait plus le viol mais les viols selon les circonstances de la commission de l'acte* »³⁴⁸, qu'ainsi, on se retrouverait avec des viols graves qui conserveraient la qualité de crime, et des viols moins graves, commis dans des circonstances plus floues, qui seraient systématiquement correctionnalisés. C'est par exemple le cas de l'arrêt du 14 octobre 2020 de la chambre criminelle³⁴⁹, cité *supra*, dans lequel le cunnilingus n'est pas qualifié de viol, faute de preuve de pénétration significative³⁵⁰. Le retentissement symbolique est ici d'autant plus fort qu'il vient rompre l'égalité entre les victimes, en ce que les critères de différenciation ne sont pas explicites³⁵¹, et qu'ils sont laissés à l'appréciation des juges du fond. Ce phénomène tend à ouvrir des débats sur les moyens de pénétration, ou encore sur les relations entre les protagonistes.

2) La correctionnalisation pour la protection de la victime

Enfin, l'auteure souligne l'existence d'une « correctionnalisation-anticipation »³⁵² qui intervient, elle, dès l'orientation des poursuites pour protéger la victime, afin que celle-ci sache le plus rapidement possible la qualification qui sera retenue dans son affaire. A ce titre, dans le rapport d'Alexandra Louis, des magistrats du tribunal judiciaire de Pontoise témoignent que si le viol n'est pas systématiquement retenu, « *c'est surtout pour protéger la victime d'un processus judiciaire violent, d'un risque d'acquittement du mis en cause* »³⁵³, alors que la qualification délictuelle « *permettra la plupart du temps le prononcé d'une peine équivalente à celle qui aurait été prononcée pour viol. Il est donc impératif de faire plus confiance envers les magistrats en charge de la casuistique* ».³⁵⁴ Cependant, Yves Mayaud souligne que cette motivation n'est plus majoritaire aujourd'hui³⁵⁵. En effet, dans un commentaire de la décision

³⁴⁶ *Ibid.*

³⁴⁷ *Ibid.*

³⁴⁸ *Ibid.*

³⁴⁹ Crim., 14 octobre 2020, pourvoi n°20-83.273

³⁵⁰ DOMINATI M., « Viol : la pénétration “significative” ne requiert aucun seuil de profondeur », Dalloz actualité, 13 novembre 2020

³⁵¹ *Op. cit.*

³⁵² *Ibid.*

³⁵³ *Op. cit.*, p. 134

³⁵⁴ *Ibid.*

³⁵⁵ MAYAUD Y., « Du viol à l'agression sexuelle, ou de la légalité à l'opportunité », RSC, n°4, février 2021, p. 933

de la chambre criminelle du 14 octobre 2020³⁵⁶ il souligne que si cette pratique était cohérente il fut un temps, elle n'est aujourd'hui plus représentative de la volonté des victimes. Il affirme que les victimes sont aujourd'hui prêtes à « *revendiquer la juste qualification des faits, sans complaisance aucune, ni pour l'auteur du viol, ni pour elles-mêmes* »³⁵⁷. Il explique cela par la montée en puissance de mouvements représentatifs et politiques, au nom de l'égalité des sexes et du droit à un procès équitable³⁵⁸. Ainsi les victimes aujourd'hui n'ont plus peur de la nature criminelle de l'infraction, et demandent que le viol soit expressément reconnu comme tel. Toutefois, l'auteur affirme finalement que malgré la violence de la requalification des faits ressentie par la victime, la correctionnalisation permet d'assurer la certitude d'une condamnation, d'une part par des éléments constitutifs plus simples à prouver que ceux du viol³⁵⁹ mais également par le fait que l'affaire ne soit jugée que par des magistrats professionnels. Partant malgré les revendications, la correctionnalisation du viol en agression sexuelle se révèle finalement, « *sous les traits cachés d'une plus grande sévérité pour l'auteur des faits, et d'une protection respectueuse de la victime.* »³⁶⁰

Toutefois, on ne peut que souligner l'échec symbolique de cette pratique, ne permettant pas de traiter l'infraction proportionnellement à sa gravité.

B) Un échec répressif entraînant un échec symbolique de l'incrimination du viol

Sur le plan répressif, la correctionnalisation du viol entraîne évidemment l'application d'un autre régime procédural³⁶¹. Par exemple, au-delà des différences relatives au quantum de la peine maximal encourue, le délai de prescription de l'action publique est moindre, puisqu'il est de six ans pour les délits³⁶² contre vingt ans pour les crimes³⁶³. On peut également citer le fait que les dommages et intérêts relatifs à l'action civile seront moins étendus³⁶⁴. Partant, dans de telles conditions, l'objectif répressif de l'infraction de viol ne peut être à son optimum.

³⁵⁶Op. cit.

³⁵⁷ MAYAUD Y., « Du viol à l'agression sexuelle, ou de la légalité à l'opportunité », RSC, n°4, février 2021, p. 933

³⁵⁸Ibid.

³⁵⁹ Crim. 14 oct. 2020, pourvoi n° 20-83.273 ; Notamment en l'espèce les juges relevaient l'absence d'examen gynécologique de la victime

³⁶⁰Ibid.

³⁶¹Ibid., p. 62

³⁶² Article 6 du code de procédure pénale alinéa 1 : « *L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.* »

³⁶³ Article 7 du code de procédure pénale alinéa 1 : « *L'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.* »

³⁶⁴ Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques (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 (Convention d'Istanbul), 18 octobre 2019, p. 62

Symboliquement, la correctionnalisation participe grandement du sentiment d'absence de considération des victimes dans la mesure où l'infraction se transforme en délit et n'est plus un crime. Certains auteurs affirment que ce phénomène participe au sentiment pour les victimes de vivre dans une « culture du viol », qui définit un concept « *d'origine militante et renvoyant à l'ensemble des pratiques favorisant la commission à grande échelle d'infractions sexuelles ou l'impunité de leur auteur* »³⁶⁵. Davantage d'origine sociale et culturelle³⁶⁶, Benjamin Moron-Puech et Milan Petkova s'interrogent sur le fait de savoir si les pratiques juridiques actuelles, et partant la correctionnalisation du viol, n'entretiennent pas également le sentiment d'encensement par la société des auteurs de violences sexuelles ressenti par les victimes³⁶⁷. Dans ce sens, le groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques (GREVIO) met en avant dans un rapport de 2019 que « *la pratique judiciaire de correctionnalisation, permettant de requalifier le délit de crime de viol en délit d'agressions sexuelles et de le juger devant le tribunal correctionnel au lieu de la cour d'assises, minimise la gravité du viol et fait porter les conséquences du dysfonctionnement du système judiciaire sur les victimes* »³⁶⁸. On constate ainsi que la correctionnalisation du viol ne touche pas seulement les mineurs mais que, *a fortiori*, le retentissement est d'autant plus important pour eux, et également pour leur famille.

Puisque les fonctions de la loi ne peuvent finalement que très rarement être dissociées, il est naturel de conclure que l'échec de sa fonction répressive en matière de violences sexuelles sur mineurs a entraîné un échec de sa fonction symbolique, et *vice versa*. La notion de consentement du mineur à un acte sexuel avec un majeur et le débat sur son absence n'ont fait qu'engendrer d'une part des confusions pour les professionnels du droit dans la qualification des violences sexuelles, d'autre part un sentiment de frustration pour les victimes. Il est ainsi légitime à ce stade du développement d'affirmer que les infractions de viol et d'agression sexuelle n'étaient pas satisfaisantes et ne permettaient pas une protection des mineurs satisfaisante. Après le difficile constat de l'échec du droit en vigueur, il semble alors nécessaire d'aborder la protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles sous un autre

³⁶⁵ MORON-PUECH B., PETKOVA M., « Droit de la prescription de l'action publique et « culture du viol » », Gazette du Palais, n°23, juin 2021, p. 21

³⁶⁶ V. en ce sens : NAHOUUM-GRAPPE V., « La culture contemporaine du viol », Communications, n° 104, 2019 pp. 161-177

³⁶⁷MORON-PUECH B., PETKOVA M., « Droit de la prescription de l'action publique et « culture du viol » », Gazette du Palais, n°23, juin 2021, p. 21

³⁶⁸ Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques (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 (Convention d'Istanbul), 18 octobre 2019, p. 7

prisme que celui existant avant la loi du 21 avril 2021³⁶⁹. Il est partant opportun de réfléchir à l'efficacité d'infractions sexuelles autonomes sur mineurs.

³⁶⁹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

Partie II : De l'opportunité d'instaurer des infractions sexuelles autonomes sur mineurs nonobstant leur consentement

L'atteinte sexuelle, à l'inverse de l'agression sexuelle, se définit comme une relation sexuelle commise par une personne majeure avec une personne mineure de quinze ans, réprimée nonobstant son consentement³⁷⁰. Le Code pénal contient dans son Livre II un Chapitre VII « Des atteintes aux mineurs et à la famille » dans lequel une section 5 intitulée « *De la mise en péril des mineurs* » prévoit certaines infractions sexuelles caractérisées seulement en raison de l'âge du mineur et sans qu'il soit nécessaire de rapporter la preuve du défaut de consentement de celui- ci. Il en est ainsi de l'infraction d'atteinte sexuelle consommée même en l'absence de violence, menace, contrainte ou surprise. Une infraction autonome existait, partant, bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2021³⁷¹. Malgré les failles du délit existant d'atteinte sexuelle, nous analyserons en quoi les infractions *sui generis* permettent de palier l'inefficacité répressive des infractions de violences sexuelles vues dans la première partie (Chapitre 1). Conscient de ces considérations, le législateur a finalement choisi d'étendre ce schéma aux infractions de viol et agression sexuelle, et d'exclure partiellement les questions de consentement du mineur, par la création de nouvelles infractions de violences sexuelles sur mineur de quinze ans ainsi que de violences sexuelles incestueuses (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'opportunité répressive de créer des infractions sexuelles autonomes sur mineurs

Une infraction sexuelle sur mineur autonome pourrait se définir comme une infraction ne renvoyant pas aux infractions de violences sexuelles existantes, ne s'appliquant qu'aux cas où la victime est mineure, avec des éléments constitutifs différents, au nombre desquels serait par exemple compté l'âge du mineur. Nous verrons ainsi quelle est l'opportunité d'insérer dans le code pénal des infractions autonomes. Cette autonomie peut être consacrée à deux égards. D'une part l'autonomie découlant des éléments constitutifs, entraînant l'assouplissement de la preuve de l'infraction, et partant l'exclusion des questions de consentement du mineur (Section 1). D'autre part, une autonomie procédurale, avec une extension des délais de prescription de l'action publique en la matière (Section 1).

³⁷⁰ BONFILS P. GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Précis, Dalloz, 2e éd, 2014

³⁷¹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

Section 1 : L'assouplissement de la preuve des infractions sexuelles sur mineurs par l'exclusion des questions de consentement

L'exclusion de la nécessité de preuve du défaut de consentement du mineur permet de contourner les limites de cette notion (Paragraphe 2), mais l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans se montre tout de même, dans son application, nettement insuffisante au regard de la protection des mineurs victimes (Paragraphe 1).

Paragraphe 1 : L'insuffisance constatée du délit d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans

Dans l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans prévue par l'article 227-25 du code pénal, l'âge du mineur est pris en considération à titre d'élément constitutif de l'infraction (A). Cependant, cette infraction fait l'objet d'une application très résiduelle (B), et connaît énormément d'incohérence dans les cas d'incestes (C).

A) L'âge du mineur à titre d'élément constitutif de l'infraction

L'élément matériel de l'atteinte sexuelle est caractérisé par un contact physique entre un majeur et un mineur de quinze ans (1), et ce nonobstant le consentement du mineur (2). L'élément moral de l'infraction réside alors dans la connaissance par l'auteur de l'âge du mineur (3).

I) L'élément matériel caractérisé par un contact physique sexuel nonobstant pénétration commis par un majeur sur un mineur de quinze ans

L'article 227-25 du Code pénal dispose « *Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende.* » Le comportement incriminé en l'espèce ne précise pas s'il doit s'agir d'une pénétration, contrairement au viol. Il doit seulement s'agir d'une « *atteinte sexuelle* ». En l'absence de définition du terme « *atteinte sexuelle* », la jurisprudence est venue préciser quels comportements en constituaient une. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 septembre 2016 a affirmé que, pour être constituée, l'atteinte sexuelle supposait l'existence « *d'un contact corporel entre l'auteur et la victime* »³⁷². Dans cet arrêt, la chambre criminelle casse l'arrêt de la cour d'appel de Nancy qui avait qualifié d'atteinte sexuelle le fait pour un homme de se masturber devant sa belle-fille³⁷³. On constate partant que, contrairement aux infractions de violences sexuelles précédemment étudiées, il n'existe pas ici de gradation dans

³⁷² Crim., 7 septembre 2016, pourvoi n°15-83.287

³⁷³ CA Nancy, 6 mai 2015

l’infraction relative à la gravité de l’atteinte, en ce qu’une pénétration sera ici retenue au même titre, et avec la même peine, que des caresses. Lors des débats relatifs à la loi du 3 août 2018³⁷⁴, il avait été discuté d’ajouter une circonstance aggravante du délit en cas de pénétration. Toutefois, ceci n’a pas abouti en raison de la peur d’une correctionnalisation systématique de l’infraction de viol³⁷⁵. L’article précise que cette atteinte doit être commise sur un « *mineur de quinze ans* »³⁷⁶. Ainsi, la minorité de quinze ans de la victime est un des éléments constitutifs essentiels de l’atteinte sexuelle³⁷⁷. La Cour de cassation le rappelle régulièrement, depuis un arrêt du 6 novembre 1956³⁷⁸ dans lequel elle précise que l’âge du mineur n’est pas dans ce cas une circonstance aggravante mais bien un élément matériel de l’infraction. On peut toutefois souligner qu’en définissant de tels éléments constitutifs, le législateur omet certaines atteintes. Par exemple, l’article précise que l’infraction doit être commise par une personne majeure. Or, *quid* des atteintes sexuelles entre mineurs, notamment lorsqu’il existe un écart d’âge important entre les deux ?

2) *L’élément matériel caractérisé par un contact physique sexuel entre mineur de quinze ans et majeur nonobstant le consentement du mineur*

Avant la loi du 3 août 2018³⁷⁹, l’article 227-25 du code pénal qualifiait l’infraction « *sans contrainte, surprise, violence ou menace* », en la définissant ainsi négativement aux violences sexuelles. On peut ainsi légitimement définir l’atteinte sexuelle sur mineur de quinze comme « *toute relation sexuelle consentie d’un mineur de 15 ans envers un majeur* »³⁸⁰. Comme le souligne Valérie Malabat, le législateur a agi selon un jugement de valeur, considérant simplement qu’il était nécessaire de prohiber les relations sexuelles entre majeur et mineur de quinze ans³⁸¹. Audrey Darsonville soutient cette interprétation, en écrivant que « *l’atteinte sexuelle ne punit pas une atteinte à la liberté sexuelle mais une atteinte à une autre valeur sociale qui est la morale publique* »³⁸². Si la modification opérée par la loi Schiappa

³⁷⁴ *Op. cit.*

³⁷⁵ Alexandra Louis, Marie Mercier, Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi d’orientation et de programmation renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, 23 juillet 2018, p. 6

³⁷⁶ Article 227-25 du code pénal

³⁷⁷ RASSAT M-L., « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », LexisNexis, janvier 2011

³⁷⁸ Crim, 6 novembre 1956, Bulletin criminel n°710

³⁷⁹ *Op. cit.*

³⁸⁰ *Ibid.*

³⁸¹ MALABAT V., « Infractions sexuelles », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, mars 2021, n°59

³⁸² DARSONVILLE A., « Libres propos sur la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », La lettre juridique, n°758, 18 octobre 2018

n'est que formelle³⁸³, en ce qu'elle se borne à préciser « *Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle* », cela a le mérite de ne pas sous-entendre que l'absence de qualification de viol ou agression sexuelle entraînerait nécessairement le consentement du mineur. D'un point de vue symbolique, cet article permet d'apporter une protection accrue au mineur de quinze ans. En effet, on retrouve l'idée que même sans violence, contrainte, menace ou surprise, le mineur de quinze ans doit faire l'objet d'une protection supplémentaire par le droit, seulement en raison de son âge. Cette particularité relève également de la place occupée dans le code par cette infraction. On retrouve effectivement l'article 227-25 dans le Chapitre VII « *Des atteintes aux mineurs et à la famille* » du livre II du code pénal, dans lequel une section 5 est intitulée « *De la mise en péril des mineurs* ». Or, comme le souligne le Professeur Yves Mayaud « *la mise en péril s'entend davantage comme le prolongement du droit des incapacités, avec pour objectif d'éviter au mineur des consentements inconsidérés* »³⁸⁴. On peut également ajouter que puisque la preuve de l'absence de consentement du mineur n'est pas requise pour qualifier l'infraction d'atteinte sexuelle, la différence d'âge entre l'auteur et la victime n'est pas prise en compte par les juges, contrairement aux violences sexuelles. En effet, comme il a été démontré *supra*, la différence d'âge entre l'auteur et la victime mineure est un indice de l'absence de consentement du mineur. Dans l'atteinte sexuelle, puisque le consentement du mineur n'est pas pris en compte, la différence d'âge entre l'auteur et la victime non plus. Il suffit alors de prouver que l'auteur majeur connaissant l'âge du mineur et qu'il y a eu un contact corporel de nature sexuel.

3) L'élément moral caractérisé par la connaissance de l'auteur de l'âge du mineur

En outre, l'auteur doit avoir l'intention de commettre l'atteinte et doit connaître l'âge du mineur, ou du moins, le fait qu'il ait moins de quinze ans. Il est alors possible pour le prévenu de plaider la bonne foi en affirmant ignorer l'âge de la victime³⁸⁵. Cependant, la Cour de cassation n'admet que rarement l'exonération de l'accusé sur ce motif³⁸⁶. Également, les juges affirment que le consentement de la victime n'emporte aucune conséquence sur l'élément moral de l'infraction³⁸⁷.

³⁸³ BONFILS P., « Mineur victime », *JurisClasseur Pénal*, Lexis nexis, mars 2021, n°82

³⁸⁴ MAYAUD Y., « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », AJ Pénal, 2004, p.9

³⁸⁵ BONFILS P. GOUTTENOIRE A., Droit des mineurs, Précis, Dalloz, 2e éd, 2014

³⁸⁶ Crim., 7 février 1957, Bulletin criminel n° 126

³⁸⁷ CA Paris, Chambre correctionnelle 20 section A, 14 juin 2006

Malgré l'importante protection que pourrait apporter cette infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans, celle-ci fait l'objet d'une application seulement résiduelle.

B) L'application finalement résiduelle de l'infraction d'atteinte sexuelle

En cas d'absence de preuve du défaut de consentement du mineur, les violences sexuelles sont requalifiées en atteinte sexuelle (1), et les infractions sont assimilées au regard de la sanction pénale (2).

1) La requalification des violences sexuelles en atteinte sexuelle en cas d'absence de preuve du défaut de consentement du mineur

Il a été démontré précédemment que la preuve de l'atteinte sexuelle est largement plus simple à rapporter que la preuve de l'agression sexuelle dans la mesure où l'élément matériel de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans ne nécessite pas de démontrer le défaut de consentement de la victime. Michèle-Laure Rassat³⁸⁸ met en avant que, puisque les agressions sexuelles sont des atteintes sexuelles commises sans contrainte, violence, menace ou surprise, lorsque les juges ne parviennent pas à prouver l'absence de consentement de la victime, il est tout de même possible de retenir l'atteinte sexuelle. C'est la position constante de la Cour de cassation qui n'hésite pas à requalifier des faits définis par la victime comme une agression en atteinte sexuelle lorsque les faits ne permettent pas de conclure à un défaut de consentement de la victime. A titre d'exemple, dans un arrêt de septembre 2019 la Chambre criminelle a validé la requalification en atteinte sexuelle dans une affaire où la victime mineure de quinze ans avait rejoint le prévenu chez lui après lui avoir donné rendez-vous par SMS, qu'elle n'a ensuite exprimé aucune absence de consentement et a elle-même reniflé un flacon de *poppers*. En ces circonstances, la Cour de cassation a confirmé la requalification des juges du fonds en atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans aux motifs que les faits ne permettaient pas d'établir l'exercice de violence, menace, contrainte ou surprise³⁸⁹. Cette pratique est alors difficile à subir pour la victime lorsqu'une plainte pour viol est requalifiée en délit. Ce fut notamment le cas dans l'affaire « *Julie* »³⁹⁰, pour laquelle la Chambre criminelle a estimé qu'il relevait du pouvoir souverain d'appréciation de la cour d'appel de constater que la victime n'avait pas subi de contrainte morale en ce qu'elle disposait du discernement nécessaire³⁹¹. Partant, elle confirme le renvoi devant le tribunal correctionnel pour atteintes sexuelles aggravées.³⁹² Il

³⁸⁸ RASSAT M-L., « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », LexisNexis, janvier 2011

³⁸⁹ Cass. crim., 10 sept. 2019, n° 19-84.012

³⁹⁰ Crim., 17 mars 2021, pourvoi n°20-86.318

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

convient à ce titre de souligner que La Haute juridiction entretient ce rôle secondaire de l'article 227-25 du code pénal. En effet, dans un arrêt du 9 novembre 2005, la chambre criminelle a cassé l'arrêt de relaxe d'un prévenu des faits d'agression sexuelle aux motifs qu'il incombaît aux juges du fonds de rechercher, en l'absence de qualification de violence sexuelle, si les faits n'étaient pas constitutifs d'une atteinte sexuelle³⁹³. Le champ d'application de l'infraction d'atteinte sexuelle semble alors résiduel et ne prévaloir qu'en l'absence de preuve du défaut de consentement.

2) *L'assimilation de l'atteinte sexuelle aux agressions sexuelles au regard des sanctions*

La Professeure Michèle-Laure Rassat³⁹⁴ souligne que le lien entre atteinte sexuelle et agression sexuelle est tel que la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs³⁹⁵ a ajouté dans le Code pénal l'article 132-16-1 qui dispose « *les délits d'agressions sexuelles et d'atteintes sexuelles sont considérés, au regard de la récidive, comme une même infraction* ». Ceci marque clairement la volonté du législateur d'assimiler les deux infractions. Il paraît pourtant judicieux de souligner que les deux infractions ne défendent pas les mêmes valeurs puisque les infractions d'agressions sexuelles protègent le consentement alors que l'infraction d'atteinte sexuelle protège les intérêts du mineur. Cependant, aucune autre réforme du Code pénal n'est venue distinguer ces deux infractions. On aperçoit alors une volonté de punir l'auteur même lorsque la preuve du défaut de consentement ne peut pas être rapportée, ce qui, à première vue, tend en faveur de l'établissement d'une présomption de non-consentement. Également, le législateur est conscient de cette pratique de correctionnalisation et semble vouloir en atténuer les effets de ressenti négatif sur les victimes. A ce titre, la loi du 3 août 2018³⁹⁶ est venue agraver le quantum de la peine encourue pour atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans. L'article 227-25 du code dispose désormais que de tels faits sont punis de « *sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende* » contre 5 ans et 75 000€ d'amende avant la modification. L'assimilation de l'atteinte sexuelle aux violences sexuelles sans consentement est assumée par le législateur, puisque la député Valérie Bazin Malgras pour défendre

³⁹³ Cass. crim., 9 nov. 2005, pourvoi n° 05-82.828

³⁹⁴ RASSAT M-L., « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », LexisNexis, janvier 2011

³⁹⁵ Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs

³⁹⁶ *Op. cit.*, article 2

l'amendement aggravant cette sanction en séance publique³⁹⁷ débute en affirmant que « *cet amendement tend à assimiler à une agression sexuelle toute atteinte sexuelle d'un adulte sur un enfant de moins de quinze ans* »³⁹⁸. La volonté de flouter la frontière entre les deux infractions est alors affirmée. Audrey Darsonville souligne toutefois le caractère disproportionné de la peine pour sanctionner une relation sexuelle entre partenaires consentants, sous couvert de sanctionner un interdit moral. Elle affirme alors que la peine prévue correspond désormais « *à une volonté d'accroître la répression en cas de correctionnalisation d'un viol* ».³⁹⁹

A cette application supplétive s'ajoute une incohérence de l'infraction lorsque les faits revêtent un caractère incestueux.

C) L'incohérence législative de l'atteinte sexuelle incestueuse

Lorsque l'auteur de l'atteinte sexuelle est un ascendant ou une personne disposant d'une autorité sur le mineur, cette qualité est une circonstance aggravante de l'infraction lorsque le mineur est un mineur de quinze ans (1), alors qu'elle est un élément constitutif lorsque le mineur est âgé de quinze à dix-huit ans (2).

1) Le statut d'ascendant de l'auteur ou de personne disposant d'une autorité au titre de circonstance aggravante de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans

Le champ d'application de la circonstance aggravante se trouve relativement restreint (a), et le code pénal instaure également en cette matière une surqualification incestueuse, à l'image de celle existante dans le droit des violences sexuelles (b).

a) Le champ d'application restreint de la circonstance aggravante de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans

L'article 227-26 du Code pénal dispose que l'infraction d'atteinte sexuelle lorsqu'elle est commise « *par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* » est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000€ d'amende. Ainsi, lorsqu'un ascendant commet sur son enfant mineur de quinze ans une atteinte sexuelle, il ne s'agit pas d'une infraction autonome mais seulement d'une aggravation. L'atteinte sexuelle

³⁹⁷ Amendement 14, loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, article 2

³⁹⁸ Assemblée nationale, session ordinaire, compte rendu intégral, troisième séance, 15 mars 2018

³⁹⁹ DARSONVILLE A., « Libres propos sur la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », La lettre juridique, n°758, 18 octobre 2018

incestueuse, lorsqu'elle est commise sur un mineur de quinze ans constitue alors seulement une circonstance aggravante, et ce depuis 1994⁴⁰⁰. Il convient de souligner que l'article 227-26 du Code pénal permet une aggravation dans des cas moins larges que l'article 222-31-1⁴⁰¹. En effet, l'aggravation de l'atteinte sexuelle ne peut avoir lieu que lorsque l'atteinte sexuelle est commise par « *un descendant ou toute autre personne ayant autorité sur la victime* »⁴⁰². Le législateur ne donne pas alors une définition si rigoureuse de l'inceste que celle prévue par l'article 222-31-1 du code pénal, puisque nous le rappelons, celui-ci prévoit que l'agression sexuelle incestueuse a lieu si elle est commise par un descendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ou encore par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec ceux-ci, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait. Dans le cadre de l'atteinte sexuelle, l'aggravation est alors restreinte aux descendants mais également aux personnes ayant autorité sur le mineur. Ainsi, en dehors des cas des parents et des grands-parents, s'il n'est pas prouvé que l'auteur exerce une autorité sur le mineur, même s'il s'agit du frère ou de la sœur de celui-ci, de son oncle ou de sa tante ou encore du conjoint ou concubin d'un parent par exemple, alors la circonstance aggravante ne pourra pas être retenue.

b) Une surqualification inopportune calquée sur les agressions sexuelles sur mineurs

L'article 227-27-2-1 du code pénal dispose « *les infractions définies aux articles 227-25 à 227-27 sont qualifiées d'incestueuses lorsqu'elles sont commises sur la personne d'un mineur par: Un descendant; Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce; Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait.* », se faisant ainsi le miroir parfait de l'article 222-31-1 du même code⁴⁰³. Si cet article semble à première vue combler les manquements de l'article 227-26, en établissant une liste d'auteurs plus étendue que celle prévue par la circonstance aggravante de l'atteinte sexuelle sur mineurs de quinze ans, sa portée n'est encore

⁴⁰⁰ Loi n° 94-89 du 1 février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale

⁴⁰¹ Article 222-31-1 du code pénal : « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis par : 1° Un descendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait.* »

⁴⁰² Article 227-26 du code pénal

⁴⁰³ *Op. cit.*

une fois que symbolique, puisqu'il n'en découle aucune considération répressive. Nous sommes encore ici face à une simple surqualification⁴⁰⁴, à laquelle on pourrait objecter toutes les critiques déjà exposées dans la première partie du développement sur la surqualification des agressions sexuelles incestueuses⁴⁰⁵.

2) *Le statut d'ascendant de l'auteur ou de personne disposant d'une autorité au titre d'élément constitutif de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze à dix-huit ans*

Dans le cas où la victime est âgée de 15 à 18 ans, le code pénal retient une véritable infraction autonome d'atteinte sexuelle incestueuse (*a*), dont l'élément moral est facilement déduit de l'élément matériel (*b*).

a) Une infraction autonome d'atteinte sexuelle incestueuse sur mineur de quinze à dix-huit ans

L'article 227-27 du Code pénal dispose que « *Lorsqu'elles sont commises par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* », les « *atteintes sexuelles sans violence, contrainte, ne menace ni surprise sur un mineur âgé de plus de quinze ans sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende* ». Ainsi, cet article fait d'une infraction autonome les atteintes sexuelles commises par un ascendant sur un mineur âgé de 15 à 18 ans. En effet, il ne peut pas s'agir d'une circonstance aggravante des atteintes sexuelles dans la mesure où la peine prévue à l'article 227-27 du code pénal est moins lourde que celle prévue pour les atteintes sexuelles classiques à l'article 227-25⁴⁰⁶. A ce titre, on peut également s'interroger sur le fait que la loi du 3 août 2018⁴⁰⁷ soit venue agraver la répression des atteintes sexuelles entendues par l'article 227-25 du code pénal, alors qu'elle n'a pas augmenté le quantum de celles incestueuses envisagées par l'article 227-27. D'autre part, pour que l'article 227-25 du Code pénal puisse être retenu, les faits doivent être commis par une personne majeure sur un mineur de quinze ans. Or, l'article 227-27 ne précise pas si l'auteur doit être une personne majeure mais seulement qu'il s'agisse d'un

⁴⁰⁴ V. en ce sens : PERRIER J-B, « Le retour de l'inceste dans le code pénal », RSC, n°2, 7 août 2016. ; BONFILS P., « 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 », RSC, Dalloz, 2010. ; Laurent Béteille, « Rapport de la commission des lois la proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes », n° 465, 17 juin 2009, p. 33

⁴⁰⁵ V. p. 30 « Paragraphe 1 : L'insuffisance de la surqualification symbolique des violences sexuelles incestueuses »

⁴⁰⁶ Sept ans et 100 000€ d'amende

⁴⁰⁷ Loi n°2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, article 2

ascendant ou d'une personne ayant autorité de doit ou de fait sur le mineur âgé de quinze à dix-huit ans. Germain Delors affirme donc qu'il s'agit bien d'une infraction autonome d'atteinte sexuelle sans violence dont l'un des éléments constitutifs relève de la qualité d'ascendant de l'auteur de son statut d'autorité⁴⁰⁸, nonobstant son âge. L'auteur souligne alors l'incohérence de ce régime dans la mesure où, puisqu'il s'agit d'infractions de même nature, comment peut-on justifier que la qualité d'ascendant ou de personne exerçant une autorité de droit ou de fait sur la victime soit tantôt une circonstance aggravante⁴⁰⁹, tantôt un élément constitutif de l'infraction⁴¹⁰?⁴¹¹.

b) Les faits de l'atteinte sexuelle incestueuse sur mineur de plus de quinze ans induisant l'élément moral de l'infraction

Il est important de préciser que dans le cadre d'une telle infraction l'élément moral de l'auteur est facilement déduit des faits. En effet, l'élément moral est la volonté de commettre les faits, ainsi que la connaissance de l'âge du mineur⁴¹². Or, puisque le statut d'ascendant ou de personne ayant autorité sur le mineur est un des éléments matériels de l'infraction, il semble difficile pour le prévenu de plaider la bonne foi en soutenant ne pas connaître l'âge du mineur. La preuve de cette infraction semble alors très facile à rapporter, en ce que la preuve des faits suffit à prouver l'intention de l'auteur.

Au regard de tout ce qui précède, on peut légitimement affirmer que, si l'atteinte sexuelle permet une répression facilitée des atteintes aux mineurs, celle-ci n'est toujours pas satisfaisante. En effet, l'utilisation résiduelle de cette infraction ne permet pas de remplir le rôle symbolique de la loi en la matière et l'incohérence de l'atteinte sexuelle incestueuse distinguant entre les mineurs de quinze ans et ceux ayant entre quinze et dix-huit ans empêche une répression opportune de ces faits. C'est à ce titre que le rapport d'Alexandra Louis propose la suppression de l'infraction prévue à l'article 227-25 du code pénal⁴¹³, afin de remplacer tout le dispositif en vigueur par une infraction *sui generis* de crime sexuel sur mineur.

⁴⁰⁸ DELORS G., « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », RSC, 2011, p 817

⁴⁰⁹ Article 227-26 du code pénal

⁴¹⁰ Article 227-27 du code pénal

⁴¹¹ *Op. cit.*

⁴¹² RASSAT M-L., « Atteintes sexuelles sans violence sur mineur », LexisNexis, janvier 2011

⁴¹³ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 137

Paragraphe 2 : Les limites du consentement du mineur à un rapport sexuel avec un majeur

En tout état de cause, même lorsque le mineur consent à un rapport sexuel avec un majeur, celui-ci devrait être questionné en raison de son manque de maturité (A). Partant, une responsabilisation des adultes semble nécessaire en la matière (B).

A) La nécessaire prise en considération du manque de maturité du mineur

Lors des débats législatifs de la loi du 21 mars 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁴¹⁴, les sénateurs voulaient insérer au deuxième alinéa de l'article 222-22-1 du code pénal « *La contrainte morale ou la surprise peuvent également résulter de ce que la victime mineure était âgée de moins de quinze ans et ne disposait pas de la maturité sexuelle suffisante.* »⁴¹⁵ Cette notion de maturité sexuelle avait également été prévue initialement lors des débats de la loi du 3 août 2018⁴¹⁶. En effet, l'article 2 du projet de loi dans sa version initiale prévoyait que la surprise ou la contrainte morale pourraient être déduites « *de l'abus de l'ignorance de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à ces actes* »⁴¹⁷, suivant partant l'avis du Conseil d'Etat⁴¹⁸. Finalement, la notion de maturité fut abandonnée pour ne garder que celle de discernement. Pourtant, cet abandon fut décrié. L'avocate Carine Durrieu-Diebolt plaideait pour une distinction des notions de discernement et de maturité en ce que, dans le cas de victimes très jeunes, « *leur maturité sexuelle est souvent bien plus faible que le laisse penser leur attitude* »⁴¹⁹. En effet, la notion de discernement laisse davantage place au débat et à l'interprétation que celle de maturité sexuelle, puisqu'on imagine difficilement qu'un enfant de moins de dix ans ait la maturité nécessaire pour consentir et vouloir un rapport sexuel. Pourtant, il est possible de plaider que l'enfant était discernant, par une interprétation stricte des textes, si l'on prend la définition aujourd'hui donnée par l'alinéa 4 de l'article L11-1 du CJPM, qui dispose qu'« *Est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte (...)* »⁴²⁰. Or, il est possible qu'un mineur comprenne l'acte qui lui est imposé. Environ à l'âge de 12 ans, les mineurs commencent à découvrir les notions de la sexualité. Également, il est possible qu'à cet âge-là, les mineurs aient envie de l'expérimenter. Toutefois, ont-ils

⁴¹⁴ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

⁴¹⁵ Sénat, Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, séance publique du 21 janvier 2021

⁴¹⁶ *Op. cit.*

⁴¹⁷ Article 2, Projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, 21 mars 218

⁴¹⁸ CE, avis, 15 mars 2018, n°304437, Avis sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs, p. 7

⁴¹⁹ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 128

⁴²⁰ Article L11-1 du CJPM

nécessairement la maturité nécessaire pour envisager la totalité de ce à quoi ils consentent ? Par ailleurs, la chambre criminelle s'est récemment fondée sur cette notion de maturité. Le 3 mars 2021⁴²¹, la Cour rejette un moyen visant à exclure la qualification d'atteinte sexuelle en ce que des caresses n'avaient été commises que sur des parties du corps non sexuelles du mineurs, aux motifs que « *ces zones du corps, sans être spécifiquement sexuelles en elles-mêmes, ont été de nature à exciter le prévenu au niveau sexuel, alors que l'enfant n'avait ni la maturité ni le pouvoir de s'opposer de manière efficiente à ces attouchements de nature sexuelle* »⁴²². La Haute juridiction fait alors usage de cette notion pour qualifier l'infraction, par une interprétation extensive de ses éléments constitutifs. Malheureusement, la notion de maturité sexuelle fut finalement également abandonnée lors des débats de la loi du 21 avril 2021⁴²³.

Partant, puisque le mineur en raison de son manque de maturité ne peut que rarement consentir pleinement au rapport sexuel, il est important de sensibiliser et de responsabiliser les adultes désireux de ce type de relation.

B) La nécessaire responsabilisation des adultes en la matière

Le fait de mettre en avant le consentement de la victime ou l'absence de celui-ci fait reposer la qualification de l'infraction sur un fait qui la concerne directement. La question du consentement entraîne constamment à se questionner sur la sexualité du mineur plutôt que sur celle du majeur. Plusieurs voix s'élèvent alors pour dénoncer ce fait comme participant indirectement à la « culture du viol ». La culture du viol peut se définir comme « *l'environnement social qui permet de normaliser et de justifier la violence sexuelle, alimentée par les inégalités persistantes entre les sexes et les attitudes à leur égard.* »⁴²⁴ Si ceci ne reste qu'une théorie, Marlène Schiappa, lorsqu'elle occupait la place de secrétaire d'Etat chargée de l'Égalité entre les femmes et les hommes la dénonçait publiquement. Lors de la tenue d'un colloque organisé par la délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, cette dernière affirme que les mécanismes de la culture du viol « *excusent, dédramatisent, légitiment, voire encouragent, érotisent ou parfois valorisent les rapports sexuels en l'absence de consentement : harcèlement sexuel, agression sexuelle, viols, bref l'ensemble de ce que l'on devrait appeler des violences sexistes et sexuelles* ».

⁴²¹ Crim., 3 mars 2021, pourvoi n°20-82.399

⁴²² Ibid.

⁴²³ Amendement n°19, Sénat, Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, séance publique du 21 janvier 2021

⁴²⁴ « 16 façons de lutter contre la culture du viol », www.unwomen.org, publié le 18 novembre 2019, consulté le 29 avril 2021



plutôt que des violences faites aux femmes, afin de rendre visible le système qui produit ces violences et non pas les victimes. »⁴²⁵ Celle-ci s'insurge alors de la façon dont les victimes et les agresseurs sont décrits dans la presse. Affirmant ainsi qu'il « *s'avère que pour la victime, nous trouvons souvent les mots : jeune, pauvre au sens de « à plaindre », seule, avec souvent un détail physique censé être accablant, du type : « blonde, elle avait les cheveux longs, elle était jolie ».* »⁴²⁶ tandis que « *le violeur, lui, a toujours une bonne excuse* »⁴²⁷, comme le fait d'avoir consommé des stupéfiants ou de l'alcool. Ainsi, l'instauration d'une interdiction stricte pour les majeurs d'entretenir des rapports sexuels avec des mineurs aurait le mérite de ne plus questionner la sexualité du mineur qui se prétend victime, mais celle du majeur désireux de ce genre de relation. Il en découlerait partant une grande responsabilisation de ceux-ci qui ne pourront plus arguer sur la sexualité des victimes.

En ce sens, il semble également nécessaire d'étendre les délais de prescription de l'action publique en la matière.

Section 2 : La volonté réaffirmée d'étendre les délais de prescription de l'action publique en matière d'infractions sexuelles sur mineurs

Face à l'impossibilité d'instaurer l'imprécipitabilité de ces infractions, la volonté de mettre en œuvre une prescription échelonnée a été mise en avant (Paragraphe 1). Toutefois, il ne faut pas négliger les possibles effets pervers sur la répression d'un délai de prescription trop étendu (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La volonté de mettre en œuvre une prescription échelonnée

Constitutionnellement, l'imprécipitabilité ne peut être envisagée (A) et il convient alors de souligner l'opportunité d'instaurer une prescription échelonnée (B).

A) L'impossibilité constitutionnelle d'instaurer une imprécipitabilité des infractions sexuelles sur mineurs

L'imprécipitabilité des infractions sexuelles sur mineurs violerait les principes constitutionnels d'égalité (1) et de nécessité (2).

1) La violation du principe constitutionnel d'égalité

Le principe de prescription de l'action publique n'a pas, en lui-même, valeur constitutionnelle. En effet, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation s'est prononcée à ce

⁴²⁵ Marlène Schiappa, Colloque sur les viols et la culture du viol, Délégation aux droits des femmes et à l'égalité des chances entre les hommes et les femmes, 22 novembre 2017, compte rendu n°8

⁴²⁶ Ibid.

⁴²⁷ Ibid.

sujet, dans une décision du 20 mai 2011⁴²⁸. Les juges du Quai de l'Horloge ont refusé de transmettre au Conseil constitutionnel une QPC portant sur la conformité à la constitution des articles 7 et 8 du code de procédure pénale, dans laquelle les requérants affirmaient que l'interprétation jurisprudentielle de ces articles violait le « principe fondamental reconnu par les lois de la République de prescription de l'action publique »⁴²⁹. L'Assemblée plénière a ainsi estimé 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* »⁴³⁰. Le Conseil constitutionnel, la même année, a prononcé la même solution dans une QPC au sujet de l'absence de délai de prescription des poursuites disciplinaires, et a écarté la qualification de PFRLR en précisant qu'« *aucune loi de la République antérieure à la Constitution de 1946 n'a fixé le principe selon lequel les poursuites disciplinaires sont nécessairement soumises à une règle de prescription* »⁴³¹. Il convient toutefois de souligner que cette décision se borne aux poursuites disciplinaires et il n'est alors pas exclu que le Conseil puisse avoir une réponse différente en termes de poursuites pénales⁴³². En tout état de cause Aurélie Capello souligne qu'il existe une protection constitutionnelle indirecte de la prescription de l'action publique, sous le prisme du principe constitutionnel d'égalité⁴³³. En effet, dans une QPC du 12 avril 2013⁴³⁴ les sages ont eu à se prononcer la constitutionnalité de l'article 65-3 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse portant de trois mois à un an le délai de prescription de l'action publique pour certains délits⁴³⁵. Il rappellent dans un premier temps la définition du principe d'égalité prévu par l'article 6 de la DDHC qui dispose que la loi « *doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse* »⁴³⁶. Dans un second temps, pour confirmer la conformité à la constitution de l'article, le Conseil a vérifié que le délai spécial respectait les conditions du principe d'égalité devant la loi⁴³⁷. En effet comme l'explique Aurélie Capello, « *D'une part, il existe bien une différence de situation objective et rationnelle tenant aux différentes infractions concernées, ainsi qu'une différence de traitement tenant au délai de prescription. D'autre part,*

⁴²⁸ Cass., ass. plén., 20 mai 2011, pourvois n° 11-90.025, 11-90.032, 11-90.033 et 11-90.042

⁴²⁹ *Ibid.*

⁴³⁰ *Ibid.*

⁴³¹ Cons. const. 25 nov. 2011, n° 2011-199 QPC

⁴³² CAPELLO A., « Impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, décembre 2017, n°220

⁴³³ *Ibid.* n°221

⁴³⁴ Cons. const. 12 avr. 2013, n° 2013-302 QPC

⁴³⁵ *Op. cit.*

⁴³⁶ Cons. const. 12 avr. 2013, n° 2013-302 QPC, considérant n°3

⁴³⁷ *Ibid.*

*le législateur a respecté la compétence qui lui est dévolue par l'article 34 de la Constitution puisqu'il « a précisément défini les infractions auxquelles cet allongement du délai de la prescription est applicable ». En outre, la discrimination est ici justifiée et proportionnée puisqu'il s'agit de faciliter la poursuite et la condamnation des infractions concernées. Enfin, il n'est pas porté atteinte aux droits de la défense. »*⁴³⁸ En l'absence de ces conditions, le Conseil aurait jugé le délai de prescription spécial non conforme au principe d'égalité, et partant à la constitution. Par une interprétation extensive de cette décision on peut donc conclure que, si le délai de prescription n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle, le principe d'égalité prévu par l'article 6 de la DDHC empêche sa suppression totale. Ainsi, si les allongements du délais de prescription de l'action publique des violences sexuelles répondent aux conditions posées par le Conseil, l'impréscriptibilité de ceux-ci ne pourraient pas être acquise.

2) *La violation du principe constitutionnel de nécessité*

Plus récemment, le Conseil constitutionnel a encore affiné sa jurisprudence en la matière. Dans une QPC de 2019⁴³⁹ il fut saisi sur la conformité à la constitution, et notamment aux article 8 et 16 de la DDHC, de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 7 du code de procédure pénale en matière d'infractions continues. En effet, la Cour de cassation considérait classiquement que le délai de prescription de l'infraction continue ne commençait à courir qu'à partir du moment où elles prenaient fin dans tous leurs éléments constitutifs et dans leurs effets⁴⁴⁰. Le requérant arguait ainsi que cette interprétation était contraire à « *un principe fondamental reconnu par les lois de la République, que le requérant demande au Conseil constitutionnel de reconnaître, imposant au législateur de prévoir un délai de prescription de l'action publique pour les infractions « dont la nature n'est pas d'être imprescriptible »* »⁴⁴¹. Les sages, dans un premier temps, réaffirment une nouvelle fois que la prescription de l'action publique n'a pas valeur de PFRLR en ce qu'elle « *a été écartée, deux fois au moins, par les lois du 9 mars 1928 et du 13 janvier 1938 mentionnées ci-dessus pour certains crimes* »⁴⁴². Toutefois, dans un second temps, le Conseil fait découler de l'article 8⁴⁴³ et de l'article 16 de

⁴³⁸ CAPELLO A., « Impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Dalloz, décembre 2017, n°220

⁴³⁹ Cons. Const., 24 mai 2019, n°2019-785 QPC

⁴⁴⁰ Crim., 16 juillet 1964, pourvoi n°63-91.919

⁴⁴¹ Cons. Const., 24 mai 2019, n°2019-785 QPC

⁴⁴² *Ibid.*, considérant n°6

⁴⁴³ Article 8 DDHC « *La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée* »

la DDHC⁴⁴⁴, et ainsi du principe de nécessité des peines « *un principe selon lequel, en matière pénale, il appartient au législateur, afin de tenir compte des conséquences attachées à l'écoulement du temps, de fixer des règles relatives à la prescription de l'action publique qui ne soient pas manifestement inadaptées à la nature ou à la gravité des infractions* »⁴⁴⁵. Il conclut alors à la constitutionnalité de l'interprétation jurisprudentielle de l'article 7 du CPP en ce qu'« *En prévoyant que ces infractions ne peuvent commencer à se prescrire tant qu'elles sont en train de se commettre, les dispositions contestées fixent des règles qui ne sont pas manifestement inadaptées à la nature de ces infractions* »⁴⁴⁶. On comprend partant que les règles de la prescription de l'action publique doivent être adaptées à la gravité des infractions auxquelles elles s'appliquent, au regard du principe à valeur constitutionnelle de nécessité. Cela semble en effet cohérent dans la mesure où la loi prévoit elle-même une gradation dans la durée des délais en fonction de la nature de l'infraction, puisque l'action publique des crimes se prescrit par vingt ans⁴⁴⁷, celle des délits par six ans⁴⁴⁸ et celle des contraventions par une année⁴⁴⁹. Plusieurs auteurs utilisent alors ce fondement pour s'opposer à l'imperméabilisation des infractions sexuelles sur mineurs. A ce titre, Audrey Darsonville invoque l'argument de la proportionnalité⁴⁵⁰. En effet, dans le droit positif, seuls les crimes contre l'humanité sont imperméables⁴⁵¹. Elle affirme que cette imperméabilisation est justifiée en ce qu'il s'agit d'une infraction touchant l'humanité entière. Or si on accepte cette imperméabilisation pour les infractions sexuelles sur mineurs, il en découlera la possibilité d'une imperméabilisation pour d'autres infractions reconnues également comme très graves, comme les infractions terroristes. Robert Badinter s'y oppose également selon ce même principe de gradation, en ce que l'imperméabilisation offenserait « *la mémoire des morts par millions, hommes, femmes, enfants* »⁴⁵² lors de crimes contre l'humanité.

⁴⁴⁴ Article 16 DDHC « *Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution* »

⁴⁴⁵ Ibid., considérant n°7

⁴⁴⁶ Ibid., considérant n°8

⁴⁴⁷ Article 7 CPP

⁴⁴⁸ Article 8 CPP

⁴⁴⁹ Article 9 CPP

⁴⁵⁰ DARSONVILLE A., « Protection des mineurs victimes de violences sexuelles : le droit, rien que le droit », *La rédaction*, 9 février 2021, Podcast du droit

⁴⁵¹ Article 7 CPP alinéa 4 : « *L'action publique des crimes mentionnés aux articles 211-1 à 212-3 du code pénal est imperméable.* »

⁴⁵² BADINTER R., SOTTO T., « Inceste : Robert Badinter explique sur RTL pourquoi il est contre l'imperméabilisation », L'entretien du jour, RTL, 20 janvier 2021

Pour toutes ces raisons, lors du vote de la loi du 21 avril 2021⁴⁵³, le législateur a fait le choix d'instaurer dans le code pénal, non pas une imprescriptibilité, mais un mécanisme de prescription échelonnée⁴⁵⁴ pour les infractions sexuelles sur mineurs.

B) L'opportunité d'instaurer une prescription de l'action publique échelonnée en matière de violences sexuelles sur mineurs

Le mécanisme de prescription échelonnée s'illustre par son opportunité répressive (1) et symbolique (2).

1) L'opportunité répressive d'une prescription échelonnée

La prescription échelonnée, ou « glissante », voit toute son utilité naître dans les crimes sériels. En effet, un tel mécanisme a pour effet que la commission d'un second crime sexuel sur mineur interrompt automatiquement la prescription d'un premier crime sexuel sur mineur commis antérieurement, afin qu'aucun de ces crimes ne soient prescrits. Partant, les affaires seraient connexes et jugées en même temps⁴⁵⁵. C'est alors la volonté du garde des sceaux, afin de s'assurer que les victimes bénéficient du même traitement judiciaire⁴⁵⁶. La volonté est alors marquée, tant du pouvoir exécutif que du pouvoir législatif d'accroître au maximum la répression des auteurs de crimes sexuels sur mineurs et d'éviter par tout moyen qu'ils soient impunis. C'est d'ailleurs la solution retenue par la loi du 21 avril 2021⁴⁵⁷ qui ajoute aux articles 7 et 8 du CPP que le délai de prescription, s'il s'agit d'un viol ou d'une agression sexuelle « *en cas de commission sur un autre mineur par la même personne, avant l'expiration de ce délai, d'un nouveau viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle, le délai de prescription de ce viol est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la date de prescription de la nouvelle infraction* »⁴⁵⁸. Par ailleurs, le rapport d'évaluation d'Alexandra Louis recommande de « *Systématiser la pratique de la mise en œuvre d'actes d'enquêtes pour les faits prescrits.* »⁴⁵⁹ et le ministre de la justice travaille actuellement sur l'élaboration d'une circulaire à destination

⁴⁵³ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

⁴⁵⁴ *Ibid.*, article 10

⁴⁵⁵ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 103

⁴⁵⁶ « Violences sexuelles sur mineur : vers un seuil d'âge et une prescription échelonnée », Gazette du Palais, n°7, février 2021, p. 8

⁴⁵⁷ *Op. cit.*, article 10

⁴⁵⁸ *Ibid.*

⁴⁵⁹ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 197

des parquets pour les inciter à ouvrir systématiquement une enquêtes, malgré la prescription des faits, pour pouvoir rechercher d'autres victimes⁴⁶⁰.

2) *L'opportunité symbolique d'une prescription échelonnée*

D'un point de vue symbolique, une prescription échelonnée, ou « glissante », permet de combler certains problèmes en la matière, soutenus par les militants de l'imprescriptibilité. En effet, l'auteure du film « Les Chatouilles », Andréa Bescond, souligne la violence ressentie par les victimes présumées d'un même auteur qui se rendent à l'audience d'une autre victime présumée, seulement afin de participer en qualité de témoin, sans avoir pu se constituer partie civile en raison de la prescription des faits⁴⁶¹. Également, la présidente de l'association « Moiaussiamnésie », Mié Kohiyama soutient que la reconnaissance de la qualité de victime lors du procès est indispensable pour se reconstruire après avoir subi de tels faits⁴⁶². Or, si la commission de nouveaux faits par le même auteur suspend les faits commis précédemment, toutes les victimes présumées pourront se constituer partie civile et plus aucune d'entre elles ne sera restreinte à la qualité de témoin. Ainsi il apparaît que le mécanisme de la prescription échelonnée permettrait de ne plus faire « *peser le poids de la procédure sur la victime* »⁴⁶³, sans pour autant mettre en place une véritable imprescriptibilité des faits, par la connexité. Cette solution semble alors être un parfait compromis entre la reconnaissance par la loi des victimes et le respect des principes constitutionnels d'égalité devant la loi et de nécessité.

Cependant, il ne faut pas négliger les possibles désagréments engendrés par un délai de prescription de l'action publique trop étendu.

Paragraphe 2 : Les effets pervers sur la répression d'un délai de prescription trop étendu

Un délai de prescription trop étendu peut devenir contre-productif dans la protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles dans la mesure où le temps fait dépérir les preuves (A). De plus, ce principe semble non conforme à la constitution (B).

A) Le risque de dépérissement des preuves

Les preuves des éléments constitutifs des infractions sexuelles sont grandement affectées et altérées par le temps (1) et une extension déraisonnée du délai pourrait partant entraîner des conséquences négatives sur les victimes (2).

⁴⁶⁰ JANUEL P., « Violences sexuelles sur mineurs : de nouvelles lois à venir », *Dalloz actualité*, 11 février 2021

⁴⁶¹ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 98

⁴⁶² *Ibid.*

⁴⁶³ *Ibid.*

1) Les effets du temps sur les preuves d'infractions sexuelles

Comme il a été démontré précédemment, les preuves en matière d'infractions sexuelles sur mineurs sont très difficiles à apporter. Cependant, ce serait faire erreur de penser que l'allongement du délai de prescription de l'action publique rende la tâche plus aisée. En effet, l'écoulement du temps altère la qualité des preuves, allant même jusqu'à les faire disparaître. Si l'on prend la preuve génétique, pourtant considérée comme « *reine des preuves* »⁴⁶⁴ en la matière, on peut souligner que les traces disparaissent avec le temps. Les traces génétiques sont prélevées au moment de l'enquête⁴⁶⁵ ou de l'instruction⁴⁶⁶. Il peut ainsi s'agir de traces sur le corps de la victime ou de l'auteur, sur leurs vêtements, ou sur les lieux de l'agression⁴⁶⁷. Ces traces ne peuvent être conservées que dans des conditions strictes mises en place par les membres de la police technique et scientifique. Or si les faits sont dénoncés tardivement, ces traces auront disparus en raison de leur non-conservation⁴⁶⁸. Il en va de même pour les témoignages, fréquemment utilisés dans le cadre de ces infractions⁴⁶⁹. On peut par exemple citer un arrêt du 20 juin 2001⁴⁷⁰ dans lequel l'infraction est retenue notamment grâce à un témoin qui atteste du défaut de consentement de la victime ou encore un arrêt d'Assemblée plénière de la Cour de cassation dans lequel un témoin apporte un élément de preuve matériel qui est en l'espèce une tache sur un vêtement⁴⁷¹. Les témoignages peuvent également apporter des éléments moins précis, comme le fait que la victime ait fait un malaise en raison d'une grande fatigue, ce qui permet de confirmer aux juges l'usage de substances par l'auteur⁴⁷². Cependant, le temps affecte la précision des témoignages et partant, leur crédibilité⁴⁷³, le faisant même disparaître en cas de décès des témoins. C'est ce qu'on appelle classiquement le dépérissement des preuves. La grande majorité des magistrats interrogés par Alexandra Louis dans le cadre de son rapport témoigne « *de l'immense difficulté d'instruire un dossier des*

⁴⁶⁴ ROUX-DEMARE F.-X., « Violences sexuelles sur mineurs, en finir avec la prescription ? », Lexbase Pénal, n°9, octobre 2018

⁴⁶⁵ Article 77-1 alinéa 1 du CPP « *S'il y a lieu de procéder à des constatations ou à des examens techniques ou scientifiques, le procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier ou l'agent de police judiciaire, a recours à toutes personnes qualifiées.* »

⁴⁶⁶ Article 159 du CPP : « *Le juge d'instruction désigne l'expert chargé de procéder à l'expertise. Si les circonstances le justifient, il désigne plusieurs experts.* »

⁴⁶⁷ DESPREZ F., « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », Archives de politique criminelle, n°34, 2012, pp. 45-69

⁴⁶⁸ ROUX-DEMARE F.-X., « Violences sexuelles sur mineurs, en finir avec la prescription ? », Lexbase Pénal, n°9, octobre 2018

⁴⁶⁹ DESPREZ F., « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », Archives de politique criminelle, n°34, 2012, pp. 45-69

⁴⁷⁰ Crim., 20 juin 2001, pourvoi n°01-82577

⁴⁷¹ Ass. plén., 14 février 2003, Bull. crim. n°1 ; RSC 2003, p. 557, obs. Mayaud

⁴⁷² Crim., 7 mars 2007, pourvoi n°06-89230

⁴⁷³ ROUX-DEMARE F.-X., « Violences sexuelles sur mineurs, en finir avec la prescription ? », Lexbase Pénal, n°9, octobre 2018

décennies après la commission des actes tant il est compliqué d'obtenir des témoignages fiables et des éléments matériels probants »⁴⁷⁴. A ce titre, le rapport fait la recommandation d'exiger la conservation des archives de l'aide sociale à l'enfance ainsi que de favoriser la communication de ces éléments dans des délais raisonnables, afin de favoriser la preuve de ces infractions⁴⁷⁵. L'aveu reste souvent le seul élément probant lorsqu'un long délai s'est écoulé depuis l'infraction⁴⁷⁶, mais il est évidemment, lui aussi, difficile à obtenir.

2) Les conséquences négatives sur les victimes de preuves trop difficiles à rapporter

L'écoulement du temps entraîne une absence de preuve, et l'absence de preuve un classement sans suite, un non-lieu ou un acquittement⁴⁷⁷. Le problème étant que, la victime se voyant offrir un délai de dénonciation plus long, ne saisit pas toujours ces exigences probatoires. Or en 2018, 9 affaires du 10 dénoncées d'infractions sexuelles se soldaient par des classements sans suite⁴⁷⁸, notamment en raison de l'absence de preuve. C'est pourquoi plusieurs associations, comme France Victimes, mettent en avant la nécessité d'accompagner les victimes et de les préparer « *sur ce qui va se passer mais aussi sur ce qui ne va pas se passer* »⁴⁷⁹, afin que la décision de classement soit la moins violente pour celles-ci. La CNCDH souligne que l'allongement de la prescription « *qui part d'une intention louable de permettre aux victimes de déposer plainte même tardivement, fait fi de toute considération criminologique ou judiciaire et pourrait même se révéler contre-productif surtout pour la victime qui aura nourri l'espoir d'une reconnaissance de son préjudice* »⁴⁸⁰. Également, le fait d'avoir un délai de prescription court encourage les victimes à dénoncer les faits plus rapidement. Or on le sait, le procès participe à la « *catharsis sociale* »⁴⁸¹ et permet un fort effet

⁴⁷⁴ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 96

⁴⁷⁵ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, recommandation N°31, p. 197

⁴⁷⁶ DESPREZ F., « Preuve et conviction du juge en matière d'agressions sexuelles », Archives de politique criminelle, n°34, 2012, pp. 45-69 ;

ROUX-DEMARE F.-X., « Violences sexuelles sur mineurs, en finir avec la prescription ? », Lexbase Pénal, n°9, octobre 2018 ;

Op. cit. p. 96

⁴⁷⁷ ROUX-DEMARE F.-X., « Violences sexuelles sur mineurs, en finir avec la prescription ? », Lexbase Pénal, n°9, octobre 2018

⁴⁷⁸ *Op. cit.*, p. 96

⁴⁷⁹ *Ibid.*

⁴⁸⁰ Avis CNCDH « Lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux » du 20 novembre 2018

⁴⁸¹ LAVRIC S., MENABE C., PELTIER-HENRY M., « Enjeux et perspectives de la correctionnalisation judiciaire », AJ Pénal, n°4, avril 2018, p. 188

thérapeutique sur la victime⁴⁸², qui, d'une part, se voit octroyer la parole et, d'autre part, assouvit un certain désir de vengeance. Il semblerait alors davantage préférable d'un point de vue symbolique que les délais de prescription de l'action publique ne soient pas trop étendus, puisque ceux-ci entraînent finalement l'effet inverse de celui recherché chez la victime. Audrey Darsonville affirme partant, à juste titre, qu'il serait plus opportun de réfléchir à comment inciter les victimes à déposer plainte plus tôt.⁴⁸³

A ces considérations de nature procédurale s'ajoute un réel risque d'insécurité juridique découlant d'un délai de prescription de l'action publique trop étendu.

B) Le risque d'inconstitutionnalité du mécanisme de prescription échelonnée

L'idée d'une prescription échelonnée, aussi efficace puisse-t-elle être, ne fait cependant pas l'unanimité chez les professionnels du droit⁴⁸⁴. L'union syndicale des magistrats a publié le 10 février 2021 un communiqué de presse s'opposant fermement à ce mécanisme⁴⁸⁵. Dans ce communiqué, le syndicat rappelle la définition de la prescription comme « *une durée, un point de départ qui peut éventuellement être reporté dans le temps et un point d'expiration, avec des motifs de suspension ou d'interruption pendant cette durée* »⁴⁸⁶ et précise à ce titre qu'« *une fois acquise, la prescription ne peut être « réactivée ». Elle est définitive et empêche toute poursuite* »⁴⁸⁷. En effet, c'est ainsi que l'interprète le Conseil constitutionnel. Dans une décision du 29 décembre 1988⁴⁸⁸, les sages affirment que « *la loi ne déroge pas davantage au principe de non-rétroactivité des textes à caractère répressif ni à son corollaire qui interdit de faire renaître en cette matière une prescription légalement acquise* »⁴⁸⁹. Ainsi, il semblerait que le Conseil fasse découler du principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale cette impossibilité. Au regard de cette décision, on peut légitimement penser que la nouvelle loi pourrait ne pas subsister à une éventuelle QPC.

⁴⁸² *Ibid.*

⁴⁸³ DARSONVILLE A., « Protection des mineurs victimes de violences sexuelles : le droit, rien que le droit », La rédaction, 9 février 2021, Podcast du droit

⁴⁸⁴ « Violences sexuelles sur mineur : vers un seuil d'âge et une prescription échelonnée », *Gazette du Palais*, n°7, février 2021, p. 8

⁴⁸⁵ USM, Communiqué de presse : « La prescription ne se prescrit plus ! », 10 février 2021

⁴⁸⁶ *Ibid.*

⁴⁸⁷ *Ibid.*

⁴⁸⁸ Cons. Const., 29 décembre 1988, n°88-250 DC

⁴⁸⁹ *Ibid.*, considérant n°6

Chapitre 2 : L'exclusion partielle des questions de consentement du mineur à un acte sexuel avec un majeur par la loi du 21 avril 2021

Finalement, le 21 avril 2021 est promulguée la loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁴⁹⁰ qui, prenant acte des critiques faites à l'encontre du droit en vigueur, envisage totalement différemment la protection du mineur victime de violences sexuelles. Désormais, cette protection passe par une exclusion des questions de consentement du mineur à un acte sexuel avec un majeur, apportant finalement une meilleure prise en considération des mineurs victimes (Section 1), assurant ainsi une meilleure défense de leur intégrité physique et psychique (Section 2).

Section 1 : Une réponse à la volonté de l'opinion publique majoritaire d'une meilleure prise en considération des mineurs victimes d'infractions sexuelles

La prise de conscience politique sur la nécessité d'accroître la protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles est allée de pair avec une actualité marquant l'opinion publique (Paragraphe 1), ayant permis la création d'infractions *sui generis* par la nouvelle loi⁴⁹¹ (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une lente prise de conscience politique alimentée par l'actualité

La société française fut marquée par deux périodes totalement opposées, d'une part la révolution sexuelle des années 70 entraînant une période l'apologie de la pédophilie (A), suivie d'une période de libération de la parole des victimes, dénonçant ces faits et entraînant des réactions politiques et législatives (B).

A) L'apologie de la pédophilie à la suite de la révolution sexuelle

Le mouvement de mai 68 rime en France avec libération sexuelle⁴⁹², et si celui-ci a permis un certain progressisme, il fut dévastateur quant aux considérations de la notion de consentement. S'en suit alors une véritable « *révolution sexuelle* »⁴⁹³ lors de laquelle des mouvements ont milité pour la reconnaissance de la liberté sexuelle des mineurs. A ce titre, de nombreux intellectuels sont allés jusqu'à défendre la pédophilie⁴⁹⁴. Le 26 janvier 1977, 69 intellectuels français dont Jean-Paul Sartre, Louis Aragon, Simone de Beauvoir ou Jack Lang,

⁴⁹⁰ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

⁴⁹¹ *Ibid.*

⁴⁹² CHEMIN A., « Les années 1970-1980, âge d'or de l'apologie de la pédophilie en France », *Le Monde*, 28 février 2020

⁴⁹³ V. en ce sens : *Ibid.* ;

KERVADSOUÉ C., MOGHADDAM F., « Quand des intellectuels français défendaient la pédophilie », *France culture*, 3 janvier 2020

⁴⁹⁴ *Ibid.*

publient une tribune dans le journal *Le monde*⁴⁹⁵, reprise par *Libération*, pour défendre 3 hommes inculpés pour agressions sexuelles sur mineurs de 15 ans et privés de liberté depuis 3 ans. Dans cette tribune, les auteurs dénoncent une « *simple affaire de "mœurs", où les enfants n'ont pas été victimes de la moindre violence* »⁴⁹⁶ considérant que les auteurs présumés subissent « *trois ans de prison pour des caresses et des baisers* »⁴⁹⁷. Ils fustigent la loi en ce qu'elle ne serait pas conforme à la « *réalité quotidienne d'une société qui tend à reconnaître chez les enfants et les adolescents l'existence d'une vie sexuelle* »⁴⁹⁸, précisant en s'interrogeant « *si une fille de treize ans a droit à la pilule, c'est pour quoi faire ?* »⁴⁹⁹. Les intellectuels pointent du doigt ce qu'ils pensent être une incohérence et affirment que « *La loi française se contredit lorsqu'elle reconnaît une capacité de discernement à un mineur de treize ou quatorze ans qu'elle peut juger et condamner, alors qu'elle lui refuse cette capacité quand il s'agit de sa vie affective et sexuelle* »⁵⁰⁰. Peu de temps après, le 23 mai 1977, 80 intellectuels français publient, toujours dans le journal *Le Monde*, un « *Un appel pour la révision du code pénal à propos des relations mineurs-adultes* »⁵⁰¹. Dans cette tribune également, les auteurs « *insistent sur la nécessité de mettre à jour des textes qui ne tiennent pas compte de l'évolution rapide des mœurs* »⁵⁰² et « *demandent que le dispositif pénal soit allégé, que de telles affaires, aujourd'hui passibles de la cour d'assises, soit jugées par un tribunal correctionnel* »⁵⁰³. Aussi, plusieurs intellectuels ou artistes assument publiquement leur attirance envers la enfants de manière totalement décomplexée. Par exemple Daniel Cohn-Bendit expliquera à Bernard Pivot, sur le plateau d'*Apostrophes* que « *La sexualité d'un gosse, c'est absolument fantastique. J'ai travaillé avec des gosses qui avaient entre 4 et 6 ans, quand une petite fille de 5 ans commence à vous déshabiller, c'est fantastique, c'est un jeu érotocomanique* » en 1982, et le chanteur Claude François dans les années 70 assumera « *J'aime les filles jusqu'à 17-18 ans et après je commence à me méfier* ». On comprend alors que ces discours ont légitimement pu alimenter une certaine rancœur des victimes qui faisaient face à un encensement total par la société de leurs agresseurs⁵⁰⁴. C'est notamment que ce dépeint

⁴⁹⁵ « A PROPOS D'UN PROCES », *Le Monde*, 26 janvier 1977

⁴⁹⁶ *Ibid.*

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ *Ibid.*

⁴⁹⁹ *Ibid.*

⁵⁰⁰ *Ibid.*

⁵⁰¹ *Le Monde*, « Un appel pour la révision du code pénal à propos des relations mineurs-adultes », 23 mai 1977

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*

⁵⁰⁴ KERVADSOUE C., MOGHADDAM F., « Quand des intellectuels français défendaient la pédophilie », France culture, 3 janvier 2020

Vanessa Springora, dans son roman *Le Consentement*⁵⁰⁵, dénonçant à ce titre l’omerta totale du milieu artistique qui permettait à Gabriel Matzneff de raconter, à l’écrit et en toute impunité, les relations qu’il entretenait avec des mineurs de quinze ans. Si ces considérations sont aujourd’hui particulièrement choquantes, elles étaient totalement acceptées à l’époque.

La frustration des victimes se transforma ainsi en esprit de vengeance, entraînant une libération de la parole tardive mais efficace.

B) La libération de la parole des victimes entraînant une surréaction politique et législative à l’actualité

Cette frustration a entraîné un long silence des victimes qui ne se sentaient pas prises en considération. Ce silence ne fut brisé que récemment par la libération de la parole qui fut, d’une part progressive et d’autre part constamment liée à des faits d’actualité. Ainsi, en 1986 la France connaît le premier récit d’inceste, par Eva Thomas qui publie en 1986 *Le viol du silence*⁵⁰⁶, dans lequel elle témoigne du viol commis par son père à l’âge de quinze ans. À la suite de ce livre, beaucoup de témoignages sur le sujet ont fait surface⁵⁰⁷. L’historienne Anne-Claude Ambroise-Rendu souligne partant que si l’inceste était déjà considéré comme une infraction grave par l’opinion publique, ce n’est qu’à partir des années 80 qu’il n’est plus considéré par la population comme un « *crime de pauvre* »⁵⁰⁸ et qu’on réalise qu’il touche finalement toutes les classes sociales. Toutefois, la véritable libération de la parole en termes d’agressions sexuelles aurait eu lieu en 2017, et ne touche pas nécessairement que les mineurs. Il s’agit en effet des mouvements #MeToo aux Etats-Unis, et #BalanceTonPorc en France, menés sur les réseaux sociaux, qui ont véritablement décomplexés la parole sur le sujet. Parallèlement à ces événements, plusieurs affaires sont venues secouer l’opinion publique, et notamment l’acquittement en cour d’assises d’un homme accusé d’avoir violé une enfant de 11 ans aux motifs que la preuve de l’absence de consentement n’avait pas été rapportée⁵⁰⁹, ou encore la requalification en atteinte sexuelle d’une plainte de viol déposée pour une fille âgée de 11 ans à l’époque des faits alors que l’auteur en avait 28⁵¹⁰. S’en suit alors une réaction du président de la République, tenant le 25 novembre 2017 un discours à l’occasion de la journée

⁵⁰⁵ SPRINGORA V., *Le consentement*, Grasset, 2020

⁵⁰⁶ THOMAS E., *Le viol du silence*, Aubier-Montaigne, 1986

⁵⁰⁷ AMBROISE-RENDU A.-C. « Inceste : « dire non au père est encore très difficile » », Libération, 7 janvier 2021

⁵⁰⁸ *Ibid.*

⁵⁰⁹ Le Monde avec AFP, « Une cour d’assises acquitte un homme accusé d’avoir violé une fille de 11 ans », Le monde, 11 novembre 2017

⁵¹⁰ Le Monde avec AFP, « Un adulte jugé pour « atteinte sexuelle » et non pas pour « viol » sur une fille de 11 ans », Le monde, 26 septembre 2017

internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes, lors duquel il définit la lutte pour l'égalité entre les hommes et les femmes comme la grande cause de son quinquennat⁵¹¹. Lors de celui-ci, Emmanuel Macron évoque les violences sexuelles sur mineurs, et notamment celles incestueuses. Il évoque le problème de l'amnésie traumatique et de son incompatibilité avec le délai de prescription de l'action publique et témoigne de son souhait d'allonger celui-ci dans le cadre de crimes sexuels commis sur mineurs⁵¹². Il soutient que la législation en la matière connaît des « *ambiguïtés intolérables* »⁵¹³ en faisant notamment référence aux affaires récentes⁵¹⁴. Ce discours sera en outre cité dans l'exposé des motifs de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes⁵¹⁵ puisque celui-ci dispose en son second paragraphe « *L'amélioration de la lutte contre ces violences impose ainsi un renforcement de notre arsenal législatif sur quatre points, conformément aux engagements pris par le Président de la République lors de son discours du 25 novembre 2017 tenu à l'occasion de la journée internationale pour l'élimination de la violence à l'égard des femmes.* »⁵¹⁶ En janvier 2020 également, la publication du livre *Le Consentement*⁵¹⁷ par Vanessa Springora, dans lequel elle dépeint une relation vécue lorsqu'elle avait 14 ans avec l'auteur Gabriel Matzneff, âgé alors de 47 ans à l'époque, va relancer le débat dans l'opinion publique au sujet du consentement du mineur et notamment autour d'une éventuelle présomption de non-consentement de ceux-ci, dans la mesure où l'atteinte sexuelle ne protège pas suffisamment leurs intérêts. Une proposition de loi est alors déposée au sénat le 26 novembre 2020, s'intitulant « *Proposition de loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste* »⁵¹⁸, avec un exposé des motifs débutant par la conclusion que notre législation présente des insuffisances en matière de protection des jeunes mineurs victimes de crimes sexuels⁵¹⁹. Ce texte propose de criminaliser les rapports sexuels entre majeurs et mineurs de treize ans. Également, le 5 janvier 2021 est déposée à l'assemblée

⁵¹¹ Emmanuel Macron, Discours « Grande cause du quinquennat pour l'égalité femmes-hommes », Paris, 25 novembre 2017

⁵¹² *Ibid.*

⁵¹³ *Ibid.*

⁵¹⁴ V. en ce sens : Le Monde avec AFP, « Un adulte jugé pour « atteinte sexuelle » et non pas pour « viol » sur une fille de 11 ans », Le monde, 26 septembre 2017 ;

Le Monde avec AFP, « Une cour d'assises acquitte un homme accusé d'avoir violé une fille de 11 ans », Le monde, 11 novembre 2017

⁵¹⁵ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁵¹⁶ Exposé des motifs, loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁵¹⁷ *Op. cit.*

⁵¹⁸ Proposition de loi, Texte n° 158 (2020-2021) de Mme Annick BILLON et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 26 novembre 2020

⁵¹⁹ Exposé des motifs, Proposition de loi, Texte n° 158 (2020-2021) de Mme Annick BILLON et plusieurs de ses collègues, déposé au Sénat le 26 novembre 2020

nationale une proposition de loi « *renforçant la protection des mineurs victimes de violences sexuelles* »⁵²⁰. C'est finalement un énième témoignage qui vient parachever cette libération de la parole, notamment en matière d'inceste, et partant les considérations politiques en matière de violences sexuelles sur mineurs. Le 7 janvier 2021 est publié *La familia grande*⁵²¹, écrit par Camille Kouchner, dans lequel elle accuse son beau-père d'avoir abusé de son frère jumeau alors qu'il était encore mineur. Seulement deux semaines après cette publication, Emmanuel Macron charge le ministre de la Justice ainsi que le secrétaire d'état chargé de l'enfance et des familles, d'engager une consultation afin d'approfondir les pistes qui permettront de renforcer la loi « *pour mieux punir les auteurs et qu'il ne soit plus possible d'entendre qu'un enfant consent à une relation sexuelle avec un adulte* »⁵²². S'en suit alors le dépôt, le 9 février 2021, d'une proposition de loi « *visant à lutter contre les violences sexuelles et sexistes* »⁵²³, portée par la député Alexandra Louis. Quelques jours plus tard, Eric Dupont-Moretti rend un communiqué faisant état du résultat de cette consultation, et met en avant deux problématiques, qui étaient finalement déjà mise en avant lors du discours du président de la République quelques années plus tôt⁵²⁴, qui sont la question d'un seuil d'âge de consentement du mineur ainsi que le délai de prescription de l'action publique en la matière⁵²⁵. On constate partant que le législateur ainsi que le gouvernement se montrent relativement sensibles à l'actualité et qu'ils entendent prendre en compte les voies populaires s'élevant en faveur d'une meilleure défense, par le droit, des victimes de violences sexuelles. Il est d'ailleurs fait référence de manière implicite à ces évènements dès la première phrase de l'exposé des motifs de la proposition de loi d'Alexandra Louis⁵²⁶, puisque celui débute par « *Si la parole et l'écoute se sont considérablement libérées ces dernières années, force est de constater que les violences sexuelles et particulièrement celles commises à l'égard des enfants restent un tabou très ancré dans notre conscience collective, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit d'inceste* »⁵²⁷.

⁵²⁰ Proposition de loi, Texte n°3721, de Mme Isabelle SANTIAGO et plusieurs de ses collègues, déposé à l'Assemblée nationale le 5 janvier 2021

⁵²¹ KOUCHNER C., *La familia grande*, Seuil, 2021

⁵²² Cabinet d'Adrien Taquet, Secret d'état chargé de l'enfance et des familles

⁵²³ Proposition de loi, Texte n°3854, de Mme Alexandra LOUIS et plusieurs de ses collègues, déposé à l'Assemblée nationale le 9 février 2021

⁵²⁴ Emmanuel Macron, Discours « Grande cause du quinquennat pour l'égalité femmes-hommes », Paris, 25 novembre 2017

⁵²⁵ « Violences sexuelles sur mineur : le ministre de la justice précise sa position », Droit pénal, Lexis Nexis, n°1, février 2021

⁵²⁶ Proposition de loi, Texte n°3854, de Mme Alexandra LOUIS et plusieurs de ses collègues, déposé à l'Assemblée nationale le 9 février 2021

⁵²⁷ Exposé des motifs, Proposition de loi, Texte n°3854, de Mme Alexandra LOUIS et plusieurs de ses collègues, déposé à l'Assemblée nationale le 9 février 2021

Il en résulte finalement l'adoption de la proposition de loi de la sénatrice Annick Billon⁵²⁸, qui instaure dans le code pénal des infractions autonomes en matière d'infractions sexuelles sur mineurs.

Paragraphe 2 : La création d'infractions *sui generis* en matière d'infractions sexuelles sur mineurs

La loi du 21 avril 2021⁵²⁹ crée des infractions *sui generis* en ce qu'elle exclut le défaut de consentement des éléments constitutifs des violences sexuelles (*A*), et consacre l'interprétation subjectifs des rapports sexuels par une vision extensive du viol au-delà de la pénétration stricto sensu (*B*).

A) L'exclusion du défaut de consentement du mineur des éléments constitutifs des infractions sexuelles

Les nouvelles infractions de violences sexuelles sur mineurs érigent au titre d'éléments constitutifs, à la place du défaut de consentement, l'âge du mineur de quinze ans (*I*), ainsi que le statut d'ascendant ou de personne ayant autorité de droit ou de fait sur le mineur de dix-huit ans (*2*).

1) L'exclusion du défaut de consentement du mineur de quinze ans en raison de son âge

L'exclusion du défaut de consentement du mineur de quinze ans des éléments constitutifs a entraîné la création d'une infraction autonome d'interdiction, et non d'une présomption de non-consentement (*a*), et partant une exclusion des violences sexuelles de droit commun (*b*).

a) Une interdiction au détriment d'une présomption de défaut de consentement du mineur de quinze ans

La loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁵³⁰ parachève l'évolution législative en la matière et intègre finalement dans le code pénal de nouvelles infractions sexuelles sur mineurs autonomes des infractions sexuelles prévues aux articles 222-22 et suivants. En effet, l'article 1^{er} de la loi prévoit l'insertion dans le code d'un nouvel article 222-23-1, disposant en son alinéa 1^{er} « *Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue également un viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il*

⁵²⁸ *Op. cit.*

⁵²⁹ *Ibid.*

⁵³⁰ *Ibid.*

soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans. » La même formule est reprise pour le nouveau délit d'agression sexuelle sur mineur de quinze ans, puisque l'article 1^{er} de la loi⁵³¹ prévoit l'insertion dans le code pénal d'un article 222-29-2 aux termes duquel « *Hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue également une agression sexuelle punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans.* » Plusieurs éléments, communs aux deux articles, sont alors à souligner. D'une part, il n'est plus fait mention du défaut de consentement du mineur. En effet, les éléments matériels de ces nouvelles incriminations résident dans l'existence d'un acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, d'un acte bucco-génital⁵³², ou encore d'une atteinte sexuelle⁵³³ autre que celles susvisées, impliquant un mineur de quinze ans, lorsqu'il existe entre l'auteur et la victime une différence d'âge de cinq ans. Le seul âge de la victime, ainsi que sa différence d'âge avec l'auteur, font désormais partie intégrante des éléments constitutifs de l'infraction. Il ne s'agit alors pas d'une présomption de non-consentement, dans la mesure où les articles excluent expressément l'application des articles 222-23 et 222-29-1 du code pénal, qui prévoient les violences sexuelles par « *violence, contrainte, menace ou surprise* »⁵³⁴. Or si on exclut la caractérisation par ces éléments, cela signifie que leur absence n'entraîne aucune conséquence sur la qualification de l'infraction. Il s'agit alors simplement d'une interdiction stricte, pour un majeur, d'avoir un contact sexuel avec un mineur de quinze ans, s'il est de cinq ans son ainé, pouvant aller jusqu'à la criminalisation des faits en cas de pénétration ou d'acte bucco-génital. Il s'agit d'ailleurs de la solution qui était préconisée par le gouvernement⁵³⁵. Il semblerait alors que le législateur ait eu la volonté de criminaliser l'atteinte sexuelle avec pénétration⁵³⁶, puisque l'infraction prévue reprend davantage les éléments constitutifs de celle-ci que du viol. Toutefois, il convient de souligner que cette interdiction permet désormais de reconnaître « *la particulière vulnérabilité*

⁵³¹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

⁵³² Article 222-23-1 du code pénal

⁵³³ Article 222-29-2 du code pénal

⁵³⁴ Article 222-23 alinéa 1 code pénal : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.* »

⁵³⁵ « Violences sexuelles sur mineur : le ministre de la justice précise sa position », *Droit pénal*, n°1, février 2021

⁵³⁶ JANUEL P., « Violences sexuelles sur mineurs : les députés aggravent et complexifient le droit », *Dalloz actualité*, 19 mars 2021

du mineur, considérant la minorité comme une singularité et non plus comme une circonstance aggravante. »⁵³⁷

b) L'exclusion des violences sexuelles de droit commun par assimilation

Ces nouvelles infractions, tout en constituant toujours un viol ou une agression sexuelle, ne s'appliquent qu'« *Hors le cas prévu à l'article 222-23* »⁵³⁸ pour le viol sur mineur de quinze ans, et qu'« *Hors le cas prévu à l'article 222-29-1* »⁵³⁹ pour l'agression sexuelle sur mineur de quinze ans. Ainsi, le législateur procède par assimilation aux violences sexuelles de droit commun, tout en excluant dans le même temps leur application. Par l'exclusion des articles 222-23 et 222-29-1 du code pénal, le législateur prévoit finalement que, même en dehors des cas où l'auteur aurait utilisé ces stratagèmes, les violences sexuelles sont constituées. Cependant, l'articulation entre les articles nouveaux et ceux de droit commun pourrait devenir compliquée. En effet, *quid* des cas où le défaut de consentement peut être prouvé ? Est-il toujours possible d'utiliser les articles 222-23 et 222-29-1 du code pénal en cas de victime mineure de quinze ans ? Est-ce l'âge de la victime qui détermine le texte à appliquer, ou bien l'absence de preuve du défaut de consentement de celle-ci ? Tant de questions qui ne se verront préciser qu'avec l'application du texte. Également comment peut-on soutenir que ces nouveaux faits visés constituent des viols ou des agressions sexuelles tels que déjà prévu dans le code pénal si les éléments constitutifs des infractions sont finalement considérablement différents ? On peut alors regretter la complexification du droit engendrée par cette nouvelle loi, pourtant très protectrice.

2) L'exclusion du défaut de consentement du mineur en raison du statut d'ascendant ou de personne ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait

La loi consacre également des infractions autonomes d'inceste sur mineur de dix-huit ans (*a*) tout en conservant la surqualification existante (*b*).

a) La consécration d'infractions autonomes d'inceste sur mineur de dix-huit ans

L'article 1^{er} de la loi consacre également l'insertion dans le code pénal d'infractions autonomes d'inceste. L'article 222-23-2 dispose désormais « *Hors le cas prévu à l'article 222-*

⁵³⁷ Alexandra Louis : « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels », n°3796, 3 mars 2021, p. 52

⁵³⁸ Article 222-23-1 du code pénal

⁵³⁹ Article 222-29-2 du code pénal

23, constitue un viol incestueux tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un descendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait. » prévoyant ainsi le crime de viol incestueux sur mineur de dix-huit ans, tandis que l'article 222-29-3 dispose « *Hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue une agression sexuelle incestueuse punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur, lorsque le majeur est un descendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait »,* créant ainsi le délit d'agression sexuelle incestueuse sur mineur de dix-huit ans. Ici, le fait pour le majeur d'avoir le statut d'ascendant, ou d'être une des personnes mentionnées à l'article 222-22-3 et d'exercer sur le mineur une autorité de droit ou de fait est un élément constitutif des infractions. Nous sommes ici face à de véritables infractions autonomes, puisque le législateur exclu encore une fois les infractions sexuelles de droit commun, tout en leur en assimilant des nouvelles. On constate que, sensible à l'actualité, le législateur a souhaité offrir aux victimes d'inceste une protection plus importante. En effet, le seuil ici n'est plus l'âge de quinze ans mais dix-huit, et aucune condition d'écart d'âge entre l'auteur et la victime n'est posée. La volonté d'instaurer un seuil d'âge à 18 ans pour les agressions intra-familiales était affirmée par le gouvernement⁵⁴⁰. La loi semble alors prendre acte de toutes les critiques faites à l'encontre des dispositions antérieures. Toutefois, *quid* des cas d'inceste commis sur une victime majeure ? L'écrivaine Christine Angot au micro de France inter affirmait « *L'inceste n'a pas d'âge* »⁵⁴¹, or ici les nouvelles infractions ne valent que pour des victimes mineures. Si on peut souligner la cohérence d'accroître la protection de ces victimes davantage vulnérables, on peut regretter le manque de protection équivalente pour les victimes majeures.

b) La conservation de la surqualification d'inceste opportune pour les victimes d'inceste majeures

L'article 1^{er} de la loi⁵⁴² prévoit également l'insertion dans le code d'un article 222-22-3 disposant que « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils*

⁵⁴⁰ « Violences sexuelles sur mineur : vers un seuil d'âge et une prescription échelonnée », Gazette du Palais, n°7, février 2021, p. 8

⁵⁴¹ L. SALAME, N. DEMORANT, C. ANGOT, « Inceste : pour Christine Angot, quand un enfant devient victime, « il faut tenir, la question c'est survivre » », L'invité de 8h20 : le Grand entretien, France inter, 21 janvier 2021

⁵⁴² Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

sont commis par : 1° Un descendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité à l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait » et abroge l'article 222-31-1. Partant, le législateur a souhaité conservé la surqualification de l'inceste, en étendant cette qualification aux infractions commises par un grand-oncle ou une grand-tante. Dans le cas de victimes mineures, cet article ne reçoit plus aucune utilité, ni répressive, ni symbolique, dans la mesure où des infractions autonomes sont désormais prévues. Toutefois, dans le cas de victimes d'inceste majeures, comme souligné *supra*, la nouvelle loi ne prévoit aucune infraction *sui generis*. Ainsi, lorsque la victime est majeure, rien ne change. Totalement exclure la surqualification aurait diminuer la considération à leur égard. Ici elle reste la même, avec une extension aux auteurs grands-tantes et grands-oncles et leur conjoint, concubin ou partenaire lié par un pacte civil de solidarité. On peut toutefois regretter que le législateur ne soit pas aller plus loin en modifiant également les circonstances aggravantes des infractions sexuelles, qui elles, ne prévoient toujours qu'une aggravation en cas de commission des faits « *par un descendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* »⁵⁴³.

Au-delà de la modification des éléments constitutifs tenant à l'âge de la victime ainsi qu'à la qualité de l'auteur, le législateur a étendu l'élément matériel du viol au-delà de la pénétration stricto-sensu.

B) La consécration de l'interprétation subjective des rapports sexuels par une extension du viol au-delà de la pénétration stricto sensu

Pour ces nouvelles infractions de viol sur mineur de quinze ans ainsi que de viol incestueux sur mineur de dix-huit ans, l'élément matériel consiste en un acte de pénétration, de quelque nature qu'il soit, ou bien d'un acte bucco-génital, commis par une personne majeure. Le législateur se montre très prudent, en prenant le soin de préciser dans les nouveaux articles, ainsi qu'en modifiant l'article 222-23 du code pénal, que ces actes peuvent être commis par l'auteur sur la victime, ou par la victime sur l'auteur. A ce titre, la rédaction de l'article 222-23-1 peut sembler choquante dans la mesure où il est précisé que ces actes peuvent être « *commis sur l'auteur par le mineur* », or la commission d'un acte renvoi inconsciemment à la culpabilité, et même s'il n'en est rien sur le plan du droit, il convient de

⁵⁴³ Article 222-24 du code pénal

souligner la curiosité de cette rédaction. D'autre part, il est désormais précisé que l'acte peut être une pénétration, « *ou tout acte bucco-génital* ». Initialement, la proposition de loi de Madame Billon ne prévoyait d'incriminer que l'acte de pénétration. Le Sénat a finalement, en séance publique, décidé d'intégrer les actes bucco-génitaux⁵⁴⁴. On aperçoit ici alors la volonté du législateur de répondre à la jurisprudence récente de la Chambre criminelle, par laquelle un cunnilingus n'avait pas été qualifié de viol en raison de l'absence de preuve de la pénétration⁵⁴⁵. Il semblerait alors qu'il ne soit plus possible de débattre ni sur le consentement du mineur à l'acte, ni sur l'existence ou non d'une pénétration en cas d'acte bucco-génital, puisque les articles prévoient désormais un « *acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital* »⁵⁴⁶. L'utilisation de la conjonction de coordination « *ou* » témoigne alors de l'absence de cumul de ces éléments. Le législateur sort ainsi de la conception purement objective de l'acte pénétration⁵⁴⁷, en élargissant le viol aux simples rapports bucco-génitaux. La pénétration n'est alors plus désormais l'élément phare caractérisant ce crime de viol, et ce tant pour les victimes mineures que pour les victimes majeures.

L'instauration d'une telle interdiction permet d'accroître la protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles en modifiant la valeur défendue par la loi, protégeant désormais davantage l'intégrité physique et psychique de ceux-ci que leur consentement.

Section 2 : Une meilleure défense de l'intégrité physique et psychique du mineur victime d'infractions sexuelles

La création d'infractions sexuelles autonomes sur mineurs permet de protéger les intérêts des mineurs tout en protégeant leur liberté sexuelle (Paragraphe 1), accordant ainsi à la loi une haute portée déclarative (Paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une protection des intérêts des mineurs tout en protégeant leur liberté sexuelle dans les relations sexuelles adolescentes consenties

La nouvelle loi tout en refusant l'instauration dans le code pénal d'un fait justificatif de relations sexuelles antérieures à la majorité de l'auteur (*A*) entend prendre en compte l'écart d'âge entre le mineur de quinze ans et le majeur (*B*).

⁵⁴⁴ Amendement n°21, Sénat, Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, Séance publique du 21 janvier 2021

⁵⁴⁵ Crim., 14 octobre 2020, pourvoi n°20-83.273 ; V. DOMINATI M., « Viol : la pénétration “significative” ne requiert aucun seuil de profondeur », *Dalloz actualité*, 13 novembre 2020

⁵⁴⁶ Article 222-23 et 222-23-1 du code pénal

⁵⁴⁷ V. en ce sens : DARSONVILLE A, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, *Dalloz*, février 2020

A) L'absence de fait justificatif de relations sexuelles antérieures à la majorité de l'auteur

Dans le rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018⁵⁴⁸, Alexandra Louis soulignait la nécessité de ne pas incriminer les relations amoureuses, débouchant sur des relations sexuelles, des couples d'adolescents⁵⁴⁹. Partant, Carole Hardouin-Le Goff, interrogée sur cette question, proposait la création d'un fait justificatif caractérisé par « *la préexistence à la commission de l'infraction d'une relation continue entre adolescents et de la pérennisation de cette relation au jour de la commission de l'infraction, soit au jour l'un d'entre eux devient majeur* »⁵⁵⁰. Elle précisait même que celui-ci serait nécessaire⁵⁵¹. Ce fait justificatif permettrait de ne pas pouvoir sanctionner une relation déjà établie entre deux personnes mineures une fois que l'une d'elles arrive à l'âge de 18 ans. De plus, une telle instauration aurait permis de rapporter un pouvoir d'interprétation au juge, alors même que la mise en place d'un seuil d'âge caractérisant l'infraction en fait totalement fi⁵⁵².

Toutefois, cette idée ne s'est pas retrouvée dans la proposition de loi, et la prise en compte des relations sexuelles consenties entre mineurs s'est faite par le prime de l'écart d'âge entre les intéressés.

B) La prise en compte de l'écart d'âge entre le mineur et le majeur par la clause « Roméo et Juliette »

L'écart d'âge de cinq ans témoigne de la volonté de protéger les amours adolescents (1), qui semble avoir été plus forte que la volonté de criminaliser les infractions sexuelles sur mineurs commises par d'autres mineurs (2).

1) *La volonté de protection des amours adolescents*

Dès la séance publique du sénat du 21 janvier 2021, certains sénateurs voulaient ajouter un alinéa à l'article 222-22-1 du code pénal qui aurait prévu « *La contrainte est présumée dans le cas de relations sexuelles entre mineurs, si l'un d'eux a moins de quinze ans, lorsque leur écart d'âge excède deux années ou lorsque l'un exerce sur l'autre une relation d'autorité de*

⁵⁴⁸ *Op. cit.*

V. également en ce sens : HARDOUIN-LE GOFF C., « Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénale retrouve sa fonction expressive et que la fixation d'un seuil d'âge devient constitutionnellement possible. », *Droit pénal*, n°12, décembre 2020, étude 34

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 12

⁵⁵⁰ *Ibid.*, p. 136

⁵⁵¹ *Ibid.*

⁵⁵² *Ibid.*

droit ou de fait. »⁵⁵³. Le rapport de la commission parle ainsi de clause « Roméo et Juliette »⁵⁵⁴, en ce que dans la pièce de William Shakespeare, Juliette était âgée de 13 ans tandis que les commentateurs situent Roméo à l'âge de 16 ou 17 ans. Finalement, cet amendement ne sera pas voté, et la loi du 21 avril 2021⁵⁵⁵ se contentera de préciser, dans les textes d'incriminations, que le viol et les agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans ne pourront être qualifiés que « lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans »⁵⁵⁶. Le rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 préconisait déjà cette exclusion, et précisait que les médecins praticiens de l'Unité Médico-Judiciaire de Paris affirmaient que « Si un écart d'âge était établi, celui-ci devrait être de 5 ans pour prendre les nombreuses relations des 15-20 ans »⁵⁵⁷. Cette condition était fermement défendue par le garde des sceaux, qui expliquait « Le jeune homme de 17 ans et demi qui a une relation avec une jeune fille de 14 ans et demi ne peut pas devenir un criminel quand il a 18 ans. On va prévoir un écart d'âge entre l'auteur et la victime »⁵⁵⁸. Par ailleurs, cette disposition permet d'instaurer une certaine proportionnalité dans les textes, qui aurait le mérite d'éviter une censure par le Conseil constitutionnel. En ce sens, le député Dimitri Houbron soutient « la prise en compte d'un écart d'âge n'est peut-être pas parfaite mais me semble être la meilleure option que nous ayons à notre disposition »⁵⁵⁹. Cette disposition semble alors être une solution d'équilibre, entre une protection très accrue de l'intégrité physique et psychique des mineurs et la protection de la liberté sexuelle des mineurs plus âgés.

Cependant, *quid* des violences sexuelles commises entre mineurs ?

2) *L'absence de disposition relative aux infractions sexuelles sur mineurs commises par des mineurs*

La prise en compte de l'écart d'âge ne fait pas consensus. Lors des débats législatifs, beaucoup s'y sont opposés. En séance publique, la sénatrice Marie-Pierre de La Gontrie

⁵⁵³ Amendement n°5, Sénat, Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, séance publique du 21 janvier 2021

⁵⁵⁴ Marie Mercier, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n°271, p. 11

⁵⁵⁵ *Op. cit.*

⁵⁵⁶ Articles 222-23-1 et 222-29-2 du code pénal

⁵⁵⁷ Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020, p. 135

⁵⁵⁸ « Violences sexuelles : "Un acte de pénétration sexuelle, accompli par un adulte sur un mineur de moins de 15 ans, sera un viol", annonce Eric Dupond-Moretti », France info, 9 février 2021

⁵⁵⁹ Alexandra Louis : « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels », n°3796, 3 mars 2021.

proposait la suppression de cet écart d'âge en affirmant qu'il s'agissait là d'une « *brèche insupportable dans la lutte contre les violences sexuelles sur les mineurs que tous nous voulons mener.* »⁵⁶⁰ La sénatrice Valérie Boyer, dans le même sens, soutenait que « *Cette clause telle qu'elle est aujourd'hui proposée crée en effet une entorse au principe que nous tentons de défendre* »⁵⁶¹. La presse dénonce alors cette clause « Roméo et Juliette », visant à protéger les amours adolescents, et les associations s'opposent à celle-ci. Julia Vergely, journaliste pour Télérama, publie alors que « *Pour les associations, cette rhétorique romanticise à outrance des situations qui ne peuvent être que des agressions sexuelles (35 % des auteurs de violences sexuelles ont moins de 24 ans, 45 % d'entre eux moins de 16 ans) et cette clause fragilise l'ensemble des mineurs, tout en protégeant les agresseurs jeunes adultes* »⁵⁶². Il est vrai que si la loi se montre très protectrice des mineurs victimes de majeurs, elle est muette quant aux agressions sexuelles sur mineurs commises par d'autres mineurs. Or, dans un article sur les violences sexuelles entre mineurs⁵⁶³, Marie Romero met en avant que, bien que ces violences soient nettement moins visibles dans la sphère judiciaire, celles-ci ne font que croître⁵⁶⁴. Les mineurs condamnés pour des violences sexuelles étaient onze fois plus nombreux en 2010-2011 qu'en 1984-1985⁵⁶⁵. Également, le rapport d'information de la sénatrice Marie Mercier visant à protéger les mineurs victimes d'infractions sexuelles met exergue qu'en 2016, 194 condamnations ont été prononcées à l'encontre de mineurs pour des faits de viol sur mineurs de quinze ans⁵⁶⁶ et 675 pour des agressions sexuelles sur mineur de quinze ans⁵⁶⁷. A cela s'ajoute une grande difficulté de preuve de ces infractions. En effet, il est concrètement difficile de distinguer entre le jeu sexuel et l'agression dans l'intention de l'auteur mineur⁵⁶⁸. Par exemple, le fait que la victime dise « non » une fois mais se laisse faire par la suite sans qu'il y ait besoin d'utiliser la violence ou des menaces laisse croire au mineur agresseur que la victime est consentante. En parallèle, les victimes elles-mêmes font

⁵⁶⁰ Sénat, Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, séance publique du 25 mars 2021

⁵⁶¹ *Ibid.*

⁵⁶² VERGELY J., « L'HUMEUR DU JOUR – Le Sénat a voté, jeudi 25 mars, une loi pour protéger les mineurs confrontés à l'inceste, aux crimes et délits sexuels. Mais les associations dénoncent les nombreuses exceptions incluses dans le texte : elles fragilisent les victimes et protègent les agresseurs jeunes adultes. », Télérama, 25 mars 2021

⁵⁶³ ROMERO M., « Violences sexuelles entre mineurs : âge et consentement au cœur du débat judiciaire », *Sociétés et jeunesse en difficulté*, n° 21, 2018

⁵⁶⁴ LE DEVEDEC B., « Agressions sexuelles sur mineurs : l'illusion d'impunité face aux statistiques et au droit », *Dalloz actualité*, 28 avril 2021

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ Marie Mercier, Rapport d'information visant à protéger les mineurs victimes d'infractions sexuelles, n°289, 2017-2018, p. 17

⁵⁶⁷ *Ibid.*

⁵⁶⁸ *Ibid.*

difficilement la distinction entre le jeu et l'agression lorsque leur agresseur est mineur. Bien souvent le consentement de la victime est donné mais est vicié dans la mesure où il résulte d'un abus de vulnérabilité de celle-ci⁵⁶⁹. Toutefois, il convient de souligner que dans ces cas, les infractions sexuelles de droit commun sont toujours applicables, et cette disposition ne vise pas à sous-entendre que toutes les relations sexuelles entre un majeur et un mineur ayant une différence d'âge inférieur à cinq ans sont nécessairement consenties. Il faudra cependant prouver le défaut de consentement.

Malgré ce manque, la nouvelle loi s'illustre par sa haute portée symbolique et déclarative.

Paragraphe 2 : La haute portée déclarative de la loi

La portée symbolique de la nouvelle loi passe notamment par l'absence de perte de qualification de « viol » et « agression sexuelle » des nouvelles infractions (A), par la retenue d'un seuil d'âge de quinze ans et non de treize ans, partant davantage protecteur (B) ainsi que par la reconnaissance textuelle de l'inceste (C).

A) Le rôle symbolique de l'absence de perte de qualification de « viol » et « agression sexuelle »

Lors des débats de la proposition de loi, la Professeure Carole Hardouin Le-Goff, au sujet du rôle symbolique de la loi, affirmait qu'il « *il est crucial que cette infraction générique puisse figurer bien à part des dispositions qui incriminent actuellement les agressions sexuelles et qui concerneront toujours les mineurs victimes dont l'âge dépasse le seuil légalement fixé (13 ou 15 ans), au nom de la protection, cette fois, de leur liberté sexuelle. Un relai de dispositions légales est donc envisagé, à mesure de l'évolution en âge du mineur.* »⁵⁷⁰ Cependant, si le fait d'insérer des infractions en dehors du cadre des infractions sexuelles existantes auraient eu le mérite de témoigner de l'importance accordée à celles-ci, cela n'aurait finalement pas été opportun au regard de la fonction symbolique de la loi. En effet, si la création d'un nouveau « crime sexuel sur mineur » permettait de garantir la constitutionnalité de cette nouvelle infraction, l'infraction aurait perdu la qualification de « viol ». Or, bien des critiques faites à l'égard du droit antérieur résultent, comme démontré dans la première partie du développement, en la difficulté de qualification de cette infraction. C'est pourquoi le

⁵⁶⁹ *Ibid.*

⁵⁷⁰ HARDOUIN-LE GOFF C., « Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénale retrouve sa fonction expressive et que la fixation d'un seuil d'âge devient constitutionnellement possible. », *Droit pénal*, n°12, décembre 2020, étude 34

gouvernement s'est montré précautionneux, et a affirmé sa volonté d'intégrer à l'arsenal législatif des infractions autonomes et spécifiques, permettant d'accroître la protection des mineurs, en faisant attention à conserver les qualifications existantes, afin que « *ces interdits restent bien nommés* »⁵⁷¹ et que les nouveaux articles soient « *bien lisible[s] pour tous* »⁵⁷². C'est pourquoi l'article 1^{er} de la loi du 21 avril 2021⁵⁷³ prévoit que ces nouvelles interdictions « *constitue[nt] également un viol* »⁵⁷⁴, ou « *également une agression sexuelle* »⁵⁷⁵ à défaut d'acte de pénétration ou de toute acte bucco-génital. Ainsi, même si ces infractions apparaissent à la suite des infractions sexuelles de droit commun, et partant dans le chapitre du titre II du deuxième livre du code pénal consacré aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne, et non dans celui relatif aux atteintes aux mineurs et à la famille⁵⁷⁶, on ne peut que souligner la haute portée déclarative de la loi.

Cette volonté affirmée de protéger les mineurs s'illustre également par le seuil d'âge choisi.

B) La retenue du seuil de quinze ans au détriment du seuil de treize ans

Initialement, l'âge retenu dans la proposition de loi était celui de treize ans (1), puis, pour accroître encore la protection des mineurs, celui-ci a finalement été fixé à quinze ans (2).

1) La volonté initiale de criminaliser les crimes sexuels sur mineurs de treize ans

Initialement, la proposition de loi telle que déposée par la sénatrice Annick Billon prévoyait, afin de tirer les conclusions des échecs de la loi du 3 août 2018, « *l'interdiction absolue de tout acte sexuel entre une personne majeure et un mineur de moins de 13 ans.* »⁵⁷⁷ Ainsi, le texte envisageait la création d'un crime sexuel de pénétration sur mineur de treize ans, en punissant par vingt ans de réclusion criminelle « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit ou tout acte bucco-génital, commis par une personne majeure sur un mineur de treize ans (...)* »⁵⁷⁸. Lors des débats, la rapporteure justifie ce choix par le fait que

⁵⁷¹ Eric Dupont-Moretti, Compte rendu des débats, réunion de la commission sur la proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, mercredi 3 mars 2021

⁵⁷²*Ibid.*

⁵⁷³ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

⁵⁷⁴ Article 222-23-1 du code pénal

⁵⁷⁵ Article 222-29-1 du code pénal

⁵⁷⁶ Chapitre VII, Titre II, Livre II du code pénal

⁵⁷⁷ Exposé des motifs, Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n°158, 26 novembre 2020

⁵⁷⁸ Article 1^{er}, Proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n°158, 26 novembre 2020

l'âge de 13 soit celui choisi sur le plan du droit civil, pour l'adoption du mineur ainsi que son changement de nom⁵⁷⁹, mais également celui prévu dans le code de la justice pénale des mineurs comme seuil de discernement⁵⁸⁰. Carole Hardouin Le-Goff souligne en ce sens l'opportunité de définir le seuil à treize ans en ce qu'« *il fait écho à l'âge de la responsabilité pénale pour les mineurs* ».⁵⁸¹ La sénatrice affirme partant que cet âge marque nécessairement « *une étape importante dans le développement du mineur, comme une limite entre l'enfance et l'adolescence* »⁵⁸². Également, le seuil de treize ans permettait de garantir la constitutionnalité du texte⁵⁸³, pour tenir compte du dispositif déjà en vigueur et notamment de l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans⁵⁸⁴.

2) *Le choix davantage protecteur de l'âge du seuil de quinze ans*

Toutefois, l'âge de treize ans n'emportait pas majorité et fut rudement critiqué. En parallèle, une seconde proposition de loi déposée par la députée Laurence Rossignol proposait de retenir le seuil d'âge de quinze ans⁵⁸⁵. L'Assemblée nationale après réception de la proposition de loi Billon, souligne que l'âge de treize ans représente un « *progrès insuffisant* »⁵⁸⁶, alors que le consensus autour de l'âge de quinze ans avait été trouvé à l'Assemblée⁵⁸⁷. En effet, les députés s'étaient déjà prononcés quelques jours avant sur une proposition de loi en ce sens adoptée en première lecture⁵⁸⁸. Par ailleurs, le gouvernement s'était joint et soutenait lui aussi l'augmentation du seuil d'âge⁵⁸⁹. La commission des lois de l'Assemblée nationale devant se prononcer sur la proposition de loi d'Annick Billon, était, selon la rapporteure, « *animée par la même ambition : garantir une meilleure protection des mineurs et faciliter la répression des infractions sexuelles perpétrées à leur encontre par des*

⁵⁷⁹ V. en ce sens *supra* : pp. 6, 7

⁵⁸⁰ Article L11-1 alinéa 2 du CJPM « *Les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement.* »

V. en ce sens *supra* : p. 3

⁵⁸¹ *Op. cit.*

⁵⁸² Marie Mercier, Rapport au nom de la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et d'administration générale sur la proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels, n°271, p. 8

⁵⁸³ *Ibid.*, p. 11

⁵⁸⁴ Article 227-25 du code pénal

⁵⁸⁵ Laurence Rossignol, Proposition de loi n° 201 (2020-2021) visant à créer le crime de violence sexuelle sur enfant et à lutter contre les violences sexuelles, Sénat, 8 décembre 2020

⁵⁸⁶ Alexandra Louis : « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels », n°3796, 3 mars 2021, p. 6

⁵⁸⁷ *Ibid.*

⁵⁸⁸ Proposition de loi renforçant la protection des mineurs victimes de violences sexuelles, Assemblée nationale, 18 février 2021, texte adopté n°571

⁵⁸⁹ *Op. cit.*

auteurs majeurs »⁵⁹⁰. Partant, l'Assemblée estime que le seuil d'âge de treize ans ne correspond ni aux attentes affirmées par l'opinion publique, ni à la réalité du discernement des mineurs en la matière⁵⁹¹. Est soulignée la cohérence du choix de cet âge eu égard à l'infraction déjà existante de l'atteinte sexuelle⁵⁹². Ainsi, c'est par l'adoption d'un amendement déposé par le gouvernement, que l'article 1^{er} de la loi telle que votée par le Sénat est réécrit et voté par les députés, afin de réprimer « *tout acte de pénétration sexuelle commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, même si ces actes ne lui ont pas été imposés par violence, contrainte, menace ou surprise* »⁵⁹³, à l'article 222-23-1 du code pénal, ainsi que pour qualifier d'agression sexuelle « *toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commis par un majeur sur la personne d'un mineur, toujours en l'absence d'adminicule, [lorsque] l'auteur ne se rend pas coupable d'une pénétration* »⁵⁹⁴.

S'ajoute à ce seuil d'âge élevé une reconnaissance *expressis verbis* de l'inceste dans le code pénal.

C) La reconnaissance textuelle de l'inceste

Le législateur érige enfin l'inceste en infraction autonome, tout en gardant la surqualification existante et les circonstances aggravantes en la matière (1). Toutefois, l'inceste n'est finalement pas érigé à un degré de gravité supérieur aux autres violences sexuelles sur mineurs de quinze ans (2).

1) *L'absence de choix du législateur entre infraction autonome, surqualification et circonstance aggravante*

Cette loi⁵⁹⁵ prend également acte des critiques formulées par les défenseurs d'une meilleure protection des mineurs victimes d'inceste. Dans la proposition de loi initiale, aucune disposition spécifique à l'inceste n'était prévue. Les députés soulignent ainsi la nécessité d'augmenter ce seuil d'âge à 18 ans en cas d'inceste, et de faire du viol et de l'agression sexuelle incestueuse des infractions autonomes⁵⁹⁶. C'est alors qu'un amendement du gouvernement fut adopté, afin d'ériger l'inceste en infraction autonome⁵⁹⁷. En outre, la loi

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 15

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 16

⁵⁹² *Ibid.*

⁵⁹³ *Ibid.*

⁵⁹⁴ *Ibid.*

⁵⁹⁵ *Ibid.*

⁵⁹⁶ Alexandra Louis : « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels », n°3796, 3 mars 2021, p. 16

⁵⁹⁷ *Ibid.*

prévoit un ajout dans le titre de la section relative aux violences sexuelles remplaçant, « *Des agressions sexuelles* », par « *Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles* »⁵⁹⁸. Partant, l'inceste apparaît désormais comme une infraction sexuelle à part entière, dissociée du viol et des autres agressions sexuelles. Le tabou semble alors s'effacer et la reconnaissance de la gravité de cette infraction est enfin acquise par cette consécration. Reste toutefois à s'interroger sur le devenir de la surqualification. En effet, le même article prévoit également l'abrogation de l'article 222-31-1 du code pénal, pour le déplacer à l'article 222-22-3 qui dispose ainsi « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis par : 1° Un descendant ; 2° Un frère, une sœur, un oncle, une tante, un grand-oncle, une grand-tante, un neveu ou une nièce ; 3° Le conjoint, le concubin d'une des personnes mentionnées aux 1° et 2° ou le partenaire lié par un pacte civil de solidarité à l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur la victime une autorité de droit ou de fait.* »⁵⁹⁹. On peut alors se demander quelle utilisation sera faite de cet article, dans la mesure où l'infraction commise aura déjà le nom de viol ou d'agression sexuelle incestueuse, comme prévu par les nouveaux articles 222-23-2 et 222-29-3 qui prévoient expressément les termes « *incestueux* » et « *incestueuse* » dans leur lettre. Cet article ne sert alors plus que dans les cas d'inceste sur personne majeure, ainsi qu'à définir quels sont les auteurs pouvant rentrer dans cette catégorie, puisque les articles 222-23-2 et 222-29-3 y renvoient expressément, en ce qu'ils visent à s'appliquer « *lorsque le majeur est un descendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait* ». Également, *quid* de la circonstance aggravante de ces infractions lorsqu'elles sont commises « *par un descendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* »⁶⁰⁰? Les nouvelles infractions d'inceste reprennent expressément cette formule. Encore une fois, le législateur ne les a pas abrogées pour le cas de victimes majeures.

2) *Le refus d'ériger l'inceste à un degré de gravité supérieur aux autres violences sexuelles sur mineurs de quinze ans*

De surcroit, la nouvelle infraction d'agression sexuelle incestueuse prévoit une peine plus sévère que la circonstance aggravante, puisqu'elle est désormais punie de 10 ans et de 150 000€⁶⁰¹ d'amende contre 7 ans et 100 000€ pour l'infraction d'agression sexuelle

⁵⁹⁸ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, article 1

⁵⁹⁹ Article 222-22-3 du code pénal

⁶⁰⁰ Articles 222-28 et 222-24 du code pénal

⁶⁰¹ Article 222-29-3 du code pénal

aggravée⁶⁰². La consécration de l’inceste en infractions autonomes se fait partant également par une aggravation de la répression des agressions sexuelles incestueuses, choix qui semble ne pas avoir été fait pour le viol incestueux, toujours puni de 20 ans de réclusion criminelle. Cependant, le législateur semble ne pas avoir jugé utile de prévoir des peines plus lourdes pour les crimes et délits sexuels incestueux que pour les crimes et délits sexuels sur mineurs de quinze ans. En effet, que le viol soit commis sur un mineur de quinze ans par un inconnu, ou sur un mineur de dix-huit ans par un ascendant, le quantum de la peine reste le même. La même logique est appliquée aux nouvelles infractions d’agressions sexuelles. Partant, nous pouvons en conclure que cette reconnaissance de l’inceste vise davantage un objectif symbolique que répressif, en ce que le législateur n’a pas souhaité ériger les violences sexuelles incestueuses à un degré de gravité supérieur aux autres violences sexuelles sur mineurs de quinze ans.

⁶⁰² Article 222-28 du code pénal

CONCLUSION

Avant la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁶⁰³, la preuve du défaut de consentement du mineur aux relations sexuelles devait toujours être apportée pour caractériser une violence sexuelle, et ce nonobstant son âge. La minorité de la victime n'était donc un élément constitutif de l'infraction ni dans le cadre du viol⁶⁰⁴, ni dans le cadre de l'agression sexuelle⁶⁰⁵. Dans le cadre de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans, l'infraction était caractérisée par une simple interdiction, sans qu'il ne soit besoin de prouver l'usage de violence, menace, contrainte ou surprise par le majeur, mais l'application résiduelle de cette infraction, quasiment toujours seulement en guise de requalification et correctionnalisation des faits de viol, lui faisait perdre son essence ainsi que sa pertinence. Au gré de l'opinion publique, demandant toujours plus de protection du mineur victime d'infractions sexuelles, les lois récentes ont entendu prendre en compte de façon croissante l'âge de celui-ci dans la caractérisation de son défaut de consentement. La loi du 3 août 2018 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁶⁰⁶ avait la grande ambition de créer une présomption d'absence de consentement du mineur de quinze ans, reliant consentement et discernement. Toutefois, malgré cette volonté, la loi dite Schiappa ne se verra octroyer qu'une application interprétative, n'ayant en réalité aucune incidence sur les éléments matériels des violences sexuelles⁶⁰⁷. Conscient de son échec, le législateur opte en 2021 pour l'instauration d'infractions autonomes, éradiquant ainsi les questions de consentement du mineur, prohibant totalement les relations sexuelles entre mineurs de quinze ans et majeurs, lorsqu'il existe une différence d'âge de 5 ans entre les deux protagonistes. Également, après plusieurs décisions d'inconstitutionnalité à ce sujet, la loi saute enfin le pas et crée des infractions sexuelles autonomes d'inceste sur mineur de 18 ans, sans condition d'écart d'âge avec l'auteur, alors que la loi 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 incestueux⁶⁰⁸ ainsi que celle du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant⁶⁰⁹ n'étaient parvenues qu'à surqualifier certaines infractions d'incestueuses, sans n'y octroyer

⁶⁰³ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

⁶⁰⁴ Article 222-23 du Code pénal

⁶⁰⁵ Article 222-22 du Code pénal

⁶⁰⁶ Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes

⁶⁰⁷ Crim., 17 mars 2021, pourvoi n°20-86.318 ;

V. en ce sens : ROUSSEAU F., « Regard critique sur le caractère interprétatif des dispositions de l'article 222-22-1 du code pénal », Recueil dalloz, n°16, 6 mai 2021, p. 860

⁶⁰⁸ 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

⁶⁰⁹ Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant

aucun effet juridique ou répressif. Également, afin de contourner les difficultés relatives au délai de prescription de l'action publique, le nouveau texte instaure un mécanisme de prescription glissante, prolongeant le délai de prescription du viol et des infractions sexuelles « *en cas de commission sur un autre mineur par la même personne, avant l'expiration de ce délai, d'un nouveau viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle [...] jusqu'à la date de prescription de la nouvelle infraction.* »⁶¹⁰

Si le nouveau texte se veut plein d'espoir et semble répondre aux exigences de l'opinion publique, il reste à voir son application concrète, et notamment sa cohabitation avec le reste de l'arsenal législatif déjà en vigueur en la matière : infractions, circonstances aggravantes et surqualification. La création d'infractions autonomes est opportune pour améliorer la répression, mais elle n'exclut pas toutes les questions relatives au consentement du mineur. En effet, pour les mineurs de 15 à 18 ans, et en dehors des cas d'inceste, le droit commun continuera de s'appliquer. Toutefois, le texte n'est pas venu apporter de définition du consentement, et n'a pas non plus éclairci les distinctions entre défaut de consentement, défaut de discernement ou encore vulnérabilité du mineur. Pourtant ces notions existent toujours, et servent d'indices aux éléments matériels des infractions sexuels, sans que leur distinction ne soit évidente. En effet, l'article 222-22-1 du code pénal dispose toujours 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* ». Également, l'article précité fait toujours référence à la différence d'âge entre l'auteur et le mineur, se gardant d'être davantage précis en disposant en son alinéa 2 « *Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale mentionnée au premier alinéa du présent article ou la surprise mentionnée au premier alinéa de l'article 222-22 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 a sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur.* ». Or aujourd'hui, la loi du 21 avril 2021 est venue poser une condition d'écart d'âge de 5 ans⁶¹¹, cela veut-il dire que cet écart de 5 ans sera, par la pratique judiciaire, transposé à l'article 222-22-1 ? La jurisprudence aura le choix.

⁶¹⁰ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, article 10

⁶¹¹ *Ibid.*, article 1er

Le consentement se définit alors toujours négativement en droit pénal, par l'absence d'usage de violence, menace, contrainte ou surprise. Le texte a toutefois le mérite de poser un interdit strict et de permettre de ne plus se questionner sur la sexualité du mineur victime, en responsabilisant davantage les adultes. Également, la valeur protégée par la loi est désormais claire, il s'agit de préserver l'intégrité physique et psychique, et non plus seulement sa liberté sexuelle. En exigeant de caractériser le défaut de consentement du mineur pour qualifier l'infraction, la loi défendait finalement sa liberté à consentir à un acte sexuel, et non pas sa personne en tant que telle⁶¹². Or, il est nécessaire d'apporter aux mineurs une protection supérieure aux majeurs, passant par la protection d'intérêts différents. La loi est également venue modifier, symboliquement, le titre du paragraphe 1 de la section 5 sur la mise en péril des mineurs, du chapitre VII traitant des atteintes aux mineurs du titre II du livre II du code pénal. Le paragraphe 1 est ainsi désormais intitulé « *De la mise en péril de la santé et de la moralité des mineurs* »⁶¹³. On constate alors la volonté du législateur de protéger, au-delà de leur intégrité physique, leur moralité.

Si l'interdiction d'avoir des relations sexuelles avec des mineurs de quinze ans, et de dix-huit ans en cas d'inceste, est opportune pour protéger ceux-ci on peut toutefois souligner le phénomène d'ingérence croissante du droit dans la vie sexuelle des individus. Dans le cadre du droit civil cette ingérence est déjà soulignée dans la vie sexuelle des époux. D'une part, le code civil interdit aux époux d'avoir des relations extra-conjugales. En effet, l'article 212 dudit code leur impose un devoir de fidélité en ce qu'ils se doivent « *mutuellement respect, fidélité, secours, assistance* ». D'autre part, le droit civil les oblige à entretenir des relations sexuelles, par la subsistance du « devoir conjugal ». L'article 115 du code prévoit à leur égard le devoir de communauté de vie, qui sous-tend la communauté de lit⁶¹⁴. Le non-respect de ces injonctions peut servir de fondement à un divorce pour faute, pour « *Violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage* »⁶¹⁵. Si ces dispositions ont vocation à sauvegarder la morale, on peut toutefois légitimement admettre qu'elles témoignent de l'intérêt du droit pour la vie sexuelle des individus. Cette question fut d'ailleurs mise en avant

⁶¹² HARDOUIN-LE GOFF C., « Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénale retrouve sa fonction expressive et que la fixation d'un seuil d'âge devient constitutionnellement possible. », Droit pénal, n°12, décembre 2020, étude 34

⁶¹³ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, article 4

⁶¹⁴ AVENA-ROBARDET V., « Vers la fin du devoir conjugal ? », AJ famille, n°4, avril 2021, p. 197

⁶¹⁵ Article 242 du code civil « *Le divorce peut être demandé par l'un des époux lorsque des faits constitutifs d'une violation grave ou renouvelée des devoirs et obligations du mariage sont imputables à son conjoint et rendent intolérable le maintien de la vie commune.* »

quant à la loi du 13 avril 2016 instituant une infraction consistant à solliciter, accepter ou obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage⁶¹⁶. Un recours pour excès de pouvoir eu lieu devant le conseil d'Etat arguant que l'article 611-1 du code pénal prévoyant ce délit était incompatible avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'Homme selon lequel « *Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Dans une décision du 7 juin 2019⁶¹⁷, le Conseil constitutionnel affirme que la pénalisation de la clientèle de la prostitution ne porte pas une atteinte disproportionnée au droit au respect à la vie privée en ce que ce choix repose sur le constat que « *dans leur très grande majorité, les personnes qui se livrent à la prostitution sont victimes du proxénétisme et de la traite d'êtres humains qui sont rendus possibles par l'existence d'une telle demande. Dans ces conditions, alors même qu'elles sont susceptibles de viser des actes sexuels se présentant comme accomplis librement entre adultes consentants dans un espace privé, les dispositions litigieuses ne peuvent, eu égard aux finalités d'intérêt général qu'elles poursuivent, être regardées comme constituant une ingérence excessive dans l'exercice du droit au respect de la vie privée* »⁶¹⁸. Partant, le droit peut, légitimement, s'immiscer dans la vie sexuelle des individus, s'il s'agit de protéger des intérêts supérieurs, et notamment l'intérêt général.

Enfin, il convient de souligner que sont actuellement expérimentées les cours criminelles départementales, prévue par la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice⁶¹⁹, composées seulement de juges professionnels, compétentes pour traiter des crimes allant de 15 à 20 ans de réclusion criminelle, lorsque le prévenu n'est pas en situation de récidive⁶²⁰. Celles-ci sont alors compétentes pour le crime de viol, et partant de viol sur mineur

⁶¹⁶ Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 instituant une infraction consistant à solliciter, accepter ou obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage

⁶¹⁷ CE, 10e et 9e chambres réunies, 7 juin 2019, n°423892, considérant n°6

⁶¹⁸ *Ibid.*, considérant n°6

⁶¹⁹ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

⁶²⁰ *Ibid.*, Article 63

ainsi que de viol incestueux. Or faire sortir le viol des cours d'assises pourrait réduire à néant les objectifs en termes de fonction symbolique de la loi menés par la loi du 21 avril 2021⁶²¹. A ce titre, David Sénat souligne le risque « *de faire du viol un crime jugé loin d'une population et d'une opinion publique particulièrement concernées dans une ville et un département, et plus généralement au sein d'une société qui en fait une priorité politique et sociale de premier rang.* »⁶²² Ainsi, l'évolution du droit pénal spécial en la matière s'accompagne d'une évolution de la procédure pénale, hélas à contre sens.

⁶²¹ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste

⁶²² SENAT D., « Premières réflexions issues de l'expérimentation de la cour criminelle départementale en Haute-Garonne », *AJ pénal*, n°4, avril 2021, p. 176

BIBLIOGRAPHIE

- **Ouvrages juridiques :**

o **Encyclopédies :**

AGOSTINI F., « Aménagement des règles de compétence en matière pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, février 2005, n°121.

BONFILS P., « Mineur victime », *JurisClasseur Pénal*, Lexis Nexis, mars 2021.

BONFILS P., « Responsabilité pénale des mineurs », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n° 164.

CAPELLO A., « Impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, décembre 2017, n°220.

DARSONVILLE A., « Eléments constitutifs du viol », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, février 2020, n°45.

GOUTTENOIRE A., « Consentement du mineur », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, décembre 2019, n°138.

MALABAT V., « Infractions sexuelles », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, mars 2021, n° 59.

o **Livres :**

BONFILS P., GOUTTENOIRE A., *Droit des mineurs*, Précis, Dalloz, 2e éd, 2014, 1278 pages.

BONFILS P., « Le discernement en droit pénal », in GASSIN R., *Mélanges*, PUAM, 2007.

DREYER E., *Droit pénal général*, Lexis Nexis, 5e éd, 2019, 1518 pages.

GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, 5e éd., Paris, 1895.

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Hypercours, Dalloz, 8e éd, 2018, 672 pages.

PRADEL J., VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 11e éd., 2018, 930 pages.

ROMERO M., « Qualifier pénalement l'inceste : les incertitudes du droit pénal français contemporain » in *La peur de l'inceste*, Cahiers d'anthropologie sociale, l'Herne, n°15, 2017, pp. 127-143.

SALAS D., GARAPON A., *Les nouvelles sorcières de Salem, leçons d'Outreau*, Seuil, 2006.

o Dictionnaires :

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 13e édition, 2020.

Dictionnaire de l'Académie française, tome 1 (de A à Enzyme), Imprimerie nationale/Fayard, 9e édition, 1992.

- Ouvrages littéraires :

KOUCHNER C., *La familia grande*, Seuil, 2021, 203 pages.

SPRINGORA V., *Le consentement*, Grasset, 2020, 216 pages.

THOMAS E., *Le viol du silence*, Aubier-Montaigne, 1986, 230 pages.

- Articles juridiques :

AVENA-ROBARDET V., « Vers la fin du devoir conjugal ? », *AJ famille*, n°4, avril 2021, p. 197

BONFILS P., « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes », *La semaine juridique Edition générale*, n°39, 24 septembre 2018, p. 975.

BONFILS P., « 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 », *RSC*, 2010, p. 462.

BOUCHET M., « De la ligne de partage entre exhibition et agression sexuelles », *Lexbase Pénal*, n° 26, 25 mars 2021.

BOUCHET M., « Du crime de pénétration sexuelle commis par un majeur sur un mineur de 15 ans : retour sur une proposition sous le feu des projecteurs », *Lexbase Pénal*, n°35, 25 février 2021.

CHARLENT F., « Précisions sur les éléments constitutifs du délit d'agression sexuelle commis sur mineur », *Dalloz actualité*, 9 octobre 2019.

CHOLLET M., « Affaire Julie : atteinte sexuelle sur mineur et abus de vulnérabilité de la victime », *Dalloz actualité*, n°1, avril 2021.

COUARD J., « Mieux définir le consentement des mineurs à des relations sexuelles », *Droit de la famille*, n°1, janvier 2018, alerte n°2.

DARSONVILLE A., « Éléments constitutifs du viol : encore des progrès à faire ! », *AJ pénal*, 2020, p. 590.

DARSONVILLE A., « Le surinvestissement législatif en matière d'infractions sexuelles », Archives de politique criminelle, vol. 34, n° 1, *A Pedone*, 2012, pp. 31-43.

DARSONVILLE A., « Libres propos sur la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », *La lettre juridique*, n°758, 18 octobre 2018.

DEFOORT C., « Regard critique sur le régime pénal applicable aux infractions de nature sexuelle commises contre les mineurs », *RDP*, 2006, p. 763.

DELORS G., « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *RSC*, 2011, pp. 817-824.

DELORS G., « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2010, n°3, pp. 599-611.

DETRAZ S., « Atteinte sexuelle : *noli me tangere* », *La Gazette du Palais*, n° 4, 24 janvier 2017, p. 48.

DETRAZ S., « L'article 222-22-1, *in fine*, du Code pénal, à la lumière de la jurisprudence », *Droit pénal*, n°12, décembre 2015, étude 24.

DETRAZ S., « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *La Gazette du Palais*, 4 mars 2020, p. 10.

DETRAZ S., SAENKO L., « 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 ! », *Recueil dalloz*, 2018, p. 2031.

DESPREZ F., « Preuve et conviction du juge en matière d’agressions sexuelles », *Archives de politique criminelle*, n°34, 2012, pp. 45-69.

DOMINATI M., « Viol : la pénétration “significative” ne requiert aucun seuil de profondeur », *Dalloz actualité*, 13 novembre 2020.

DREYER E., « Agression sexuelle : pas de présomption de défaut de consentement du mineur », *Gazette du Palais*, 5 février 2019, n° 5, p. 49.

DREYER E., « Preuve nécessaire du défaut de consentement », *Gazette du Palais*, Lextenso, 11 mai 2013, n° 131.

DUFFULER-VIALLE H., « La famille du XIXe siècle, un sanctuaire protégé par le droit au détriment des victimes de violences sexuelles », *AJ Pénal*, n°6, juin 2020, p. 273.

ENKAOUA C., « Violences sexuelles sur mineurs : le débat est relancé », *La gazette du Palais*, n°6, 9 février 2021, p.10.

GALLARDO E., « La qualification pénale des faits », *RSC*, n°4, mars 2021, p. 986

GARNERIE L., « Aggressions sexuelles sur mineurs : les sénateurs prêts à légiférer », *La Gazette du Palais*, n°6, 13 février 2018, p. 6.

GOETZ D., « Violences sexuelles sur mineurs etinceste : la loi est publiée », *Dalloz actualité*, n°27, 27 avril 2021.

GOUTTENOIRE A., « La loi du 14 mars 2016 : de la protection de l’enfance à la protection de l’enfant », *La lettre juridique*, n° 649, 31 mars 2016.

GRUNVALD S., « Les correctionnalisations de l’infraction de viol dans la chaîne pénale », *AJ Pénal*, n°6, juin 2017, p. 269.

GUERY C., « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l’inceste », *AJ pénal*, 2010, p. 126.

GUERY C., « L’inceste : étude de droit pénal comparé », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 47.

HARDOUIN-LE GOFF C., « Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénale retrouve sa fonction expressive et que la fixation d’un seuil d’âge devient constitutionnellement possible. », *Droit pénal*, n°12, décembre 2020, étude 34.

JANUEL P., « Violences sexuelles sur mineurs : de nouvelles lois à venir », *Dalloz actualité*, 11 février 2021.

JANUEL P., « Violences sexuelles sur mineurs : les députés aggravent et complexifient le droit », *Dalloz actualité*, 19 mars 2021.

LAVRIC S., MENABE C., PELTIER-HENRY M., « Enjeux et perspectives de la correctionnalisation judiciaire », *AJ Pénal*, n°4, avril 2018, p. 188.

LAZERGES C., « De l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante à l'ordonnance du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs », *La lettre juridique*, n°802, 14 novembre 2019.

LAZERGUES C., « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2010, pp 725-741.

LE DEVEDEC B., « Agressions sexuelles sur mineurs : l'illusion d'impunité face aux statistiques et au droit », *Dalloz actualité*, 28 avril 2021.

LE MAIGAT P., « Loi Schiappa : un nouvel exemple de soumission d'une politique pénale à l'idéologie victimale ? », *La Gazette du Palais*, n°35, 16 octobre 2018, p. 12.

LEROYER A.-M., « Mariage – Couple – Communauté de vie », *RTD Civ.*, juin 2006, n°2, p. 402.

MAYAUD Y., « Du viol à l'agression sexuelle, ou de la légalité à l'opportunité », *RSC*, n°4, février 2021, p. 933

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

MERGAINE C., « Retour de l'inceste dans le code pénal et extension de la protection du mineur victime », *Recueil Dalloz*, n°19, 2016, p. 1089

MISTRETA P., « Leçons de droit pénal en matière de minorité », *JCP G*, 2017, pp. 2263.

MONTAS A., ROUSSEL G., « La pénalisation explicite de l'inceste : nommer l'innommable », *Archives de politique criminelle*, vol. 32, n°1, 2010, pp. 289-308.

MORON-PUECH B., PETKOVA M., « Droit de la prescription de l'action publique et « culture du viol » », *Gazette du Palais*, n°23, juin 2021, p. 21.

PERRIER J.-B., « Le retour de l'inceste dans le code pénal », *RSC*, n°2, 7 août 2016.

PIN X., « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gazette du Palais*, n°194, 2021, p. 5.

RASSAT M-L., « Atteintes sexuelles sans violence sur mineurs », *LexisNexis*, janvier 2011.

ROUMIER W., « Pour un renforcement de la protection des mineurs contre les agressions sexuelles », *Droit pénal*, n°12, décembre 2017, alerte n° 63.

ROUSSEAU F., « Regard critique sur le caractère interprétatif des dispositions de l'article 222-22-1 du code pénal », *Recueil dalloz*, n°16, 6 mai 2021, p. 860

ROUX-DEMARE F.-X., « Violences sexuelles sur mineurs, en finir avec la prescription ? », *Lexbase Pénal*, n°9, octobre 2018.

SAENKO L., « La présomption de non-consentement des mineurs victimes d'agressions sexuelles : le retour ? », *Recueil Dalloz*, n°9, 2020, p. 528.

SAENKO L., « Affaire Julie : consécration de l'approche objective du consentement en matière d'agressions sexuelles sur mineurs de 15 ans », *Gazette du Palais*, n°17, avril 2021, p. 16.

SAINT-PAU J.-C., « L'attouchement d'une zone non sexuelle du corps de la victime, qualifié d'agression sexuelle au regard du contexte », *La Semaine Juridique Edition Générale*, n° 15, 12 avril 2021, p. 407.

SENAT D., « Premières réflexions issues de l'expérimentation de la cour criminelle départementale en Haute-Garonne », *AJ pénal*, n°4, avril 2021, p. 176

VIRIOT-BARRIAL D., « Commentaire 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 », *Recueil Dalloz*, n°34, décembre 2006, p. 2350.

« Le Sénat adopte la proposition de loi visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels », *LexisNexis*, janvier 2021.

« Violences sexuelles sur mineur : le ministre de la justice précise sa position », *Droit pénal*, n°1, février 2021.

« Violences sexuelles sur mineur : vers un seuil d'âge et une prescription échelonnée », *La Gazette du Palais*, n°7, février 2021, p. 8.

- **Articles sociologiques**

LESCROART M., « L'évitement naturel de la consanguinité », *in dossier Sciences et vie*, « Les nouveaux mystères de l'hérédité », Hors-série, n° 230, mars 2005, p. 107.

MUGNIER J.-P., « Les abus sexuels dans la fratrie », *Carnet de notes sur les maltraitances infantiles*, n°5, 2016, pp. 48-54

NAHOUM-GRAPPE V., « La culture contemporaine du viol », *Communications*, n° 104, 2019 pp. 161-177.

ROMERO M., « Violences sexuelles entre mineurs : âge et consentement au cœur du débat judiciaire », *Sociétés et jeunesse en difficulté*, n° 21, 2018.

SALES C., « Pédophilie, sexualité et société », *Études*, tome 398, n°1, S.E.R, 2003, pp. 43-53.

- **Articles de presse / Emissions de radio / Podcasts**

« Affaire Julie : la Cour de Cassation rejette la requalification des « atteintes sexuelles » en « viol » », *L'obs*, 17 mars 2021.

« A PROPOS D'UN PROCES », *Le Monde*, 26 janvier 1977.

AMBROISE-RENDU A.-C. « Inceste : « dire non au père est encore très difficile » », *Libération*, 7 janvier 2021.

ANGOT C., DEMORANT N., SALAME L., « Inceste : pour Christine Angot, quand un enfant devient victime, « il faut tenir, la question c'est survivre » », *L'invité de 8h20 : le Grand entretien*, France inter, 21 janvier 2021.

BADINTER R., SOTTO T., « Inceste : Robert Badinter explique sur RTL pourquoi il est contre l'imprescriptibilité », *L'entretien du jour*, RTL, 20 janvier 2021.

CHEMIN A., « Les années 1970-1980, âge d'or de l'apologie de la pédophilie en France », Le Monde, 28 février 2020.

CORDIER S., « Affaire « *Julie* » : les pompiers ne seront pas jugés pour viol », Le Monde, 17 mars 2021.

CREPON M., « Un déplacement du seuil de tolérance », Libération, 20 janvier 2021.

DARSONVILLE A., « Protection des mineurs victimes de violences sexuelles : le droit, rien que le droit », La rédaction, 9 février 2021, Podcast du droit.

EQUY L., PILORGET-REZZOUK C., « #MeTooInceste, une onde de choc qui agite le Parlement », Libération, 20 janvier 2021.

KERVADSOUE C., MOGHADDAM F., « Quand des intellectuels français défendaient la pédophilie », France culture, 3 janvier 2020.

LE BRETON M., « Violences sexuelles : 81% des victimes sont des mineurs, 94% des agresseurs sont des proches, selon une enquête soutenue par l'UNICEF », Huffington Post, 1 mars 2015.

« Le témoignage bouleversant de Sandrine, victime d'inceste », Europe 1, 19 janvier 2021.

« Non-consentement avant l'âge de 13 ans : ce que dit la proposition de loi », Le Monde, 29 janvier 2021.

PEZET J., CONDOMINES A., « Quatre enfants de 10 ans arrêtés à Albertville pour apologie du terrorisme », Libération, 6 novembre 2020.

ROUSSEAU C., « Avec *Le Consentement*, Vanessa Springora dépeint les ressorts de l'emprise », Le Monde, 10 janvier 2020.

VERGELY J., « L'HUMEUR DU JOUR – Le Sénat a voté, jeudi 25 mars, une loi pour protéger les mineurs confrontés à l'inceste, aux crimes et délits sexuels. Mais les associations dénoncent les nombreuses exceptions incluses dans le texte : elles fragilisent les victimes et protègent les agresseurs jeunes adultes. », Télérama, 25 mars 2021.

« Un adulte jugé pour « atteinte sexuelle » et non pas pour « viol » sur une fille de 11 ans », Le Monde, 26 septembre 2017.

« Un appel pour la révision du code pénal à propos des relations mineurs-adultes », Le Monde, 23 mai 1977.

« Une cour d'assises acquitte un homme accusé d'avoir violé une fille de 11 ans », Le Monde, 11 novembre 2017.

« Un Français sur dix a déjà été victime d'inceste, un sujet qui reste encore tabou », Europe 1, 19 novembre 2020.

« Violences sexuelles : "Un acte de pénétration sexuelle, accompli par un adulte sur un mineur de moins de 15 ans, sera un viol", annonce Éric Dupond-Moretti », France info, 9 février 2021.

- **Rapports :**

Alexandra Louis : « Rapport d'évaluation de la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 4 décembre 2020.

Alexandra Louis, Marie Mercier, : « Rapport fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi d'orientation et de programmation renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 23 juillet 2018.

Alexandra Louis : « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat visant à protéger les jeunes mineurs des crimes sexuels », n°3796, 3 mars 2021.

Christian Estrosi : « Rapport de la mission parlementaire : faut-il ériger l'inceste en infraction spécifique », 25 juillet 2005.

Laurent Béteille, « Rapport de la commission des lois la proposition de loi visant à identifier, prévenir, détecter et lutter contre l'inceste sur les mineurs et à améliorer l'accompagnement médical et social des victimes », n° 465, 17 juin 2009.

Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestiques (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 (Convention d'Istanbul) », 18 octobre 2019.

Flavie Flament et Jacques Calmette : « Mission de consensus sur le délai de prescription applicable aux crimes sexuels commis sur les mineur.e.s » 10 avril 2017.

Erwan Balanant et Marie-Pierre Rixains : « Rapport d’information fait au nom de la délégation aux droits des femmes et à l’égalité des chances entre les hommes et les femmes, sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes », 19 avril 2018.

Rapport du Sénat : « Les infractions sexuelles commises sur les mineurs, étude de législation comparée », mars 2004.

Marie Mercier : « Rapport d’information visant à protéger les mineurs victimes d’infractions sexuelles », n°289, 2017-2018.

- **Sites internet :**

Coup de pouce, COFRADE, ACPE, « 11 ans et consentante : les failles de la justice française », 9 février 2018, www.cdpenfance.fr.

« 16 façons de lutter contre la culture du viol », 18 novembre 2019, www.unwomen.org.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
Partie 1 - De l'incohérence de la caractérisation du défaut de consentement du mineur à un acte sexuel	10
Chapitre 1 - L'échec de la fonction symbolique de la loi en matière de violences sexuelles sur mineurs	10
Section 1 - L'absence d'analogie entre le droit des infractions sexuelles et les autres matières traitant des mineurs	11
Paragraphe 1 : L'absence de corrélation entre le consentement du mineur et son discernement.....	11
A) Une longue hésitation sur le seuil d'âge de discernement du mineur responsable d'une infraction pénale.....	11
1) L'absence de définition légale du discernement.....	11
2) L'insécurité juridique découlant de cette incertitude.....	12
B) L'apport ambigu d'une présomption de discernement par le Code de la justice pénale des mineurs	13
1) La cohérence de la présomption légale de discernement du mineur de 13 ans	13
a) L'insertion d'une définition du discernement conforme à la définition jurisprudentielle.....	14
b) La fixation d'un seuil de discernement aligné au seuil de prononciation des peines à l'encontre des mineurs.....	14
2) L'incohérence entre le droit des mineurs victimes et celui des mineurs délinquants.....	15
Paragraphe 2 : L'absence de corrélation entre le consentement du mineur en droit pénal et en droit civil.....	16
A) L'absence de corrélation entre le consentement du mineur à un acte sexuel et le consentement du mineur à se marier	16
B) L'absence de corrélation entre le consentement du mineur à un acte sexuel et le consentement du mineur dans le droit civil des personnes.....	17
Section 2 : L'absence de définition juridique du consentement du mineur à un acte sexuel	18
Paragraphe 1 : Le défaut de consentement du mineur caractérisé par des éléments imprécis et restrictifs	19
A) Un acte sexuel commis avec violence, menace, contrainte, surprise sur le mineur.....	19
1) L'interprétation jurisprudentielle objective ou subjective de l'acte de nature sexuel.....	19

a) L'interprétation objective de l'acte sexuel en cas de viol.....	19
b) L'interprétation subjective de l'acte sexuel en cas d'agression sexuelle autre que le viol	20
2) L'absence de consentement caractérisée par l'utilisation de violence, menace, contrainte ou surprise	21
B) L'âge du mineur et son lien avec l'auteur exclus des éléments constitutifs des agressions sexuelles.....	23
1) La différence avec les législations étrangères	23
a) Le choix d'une présomption de non-consentement du mineur aux actes sexuels	23
b) Le choix d'une interdiction stricte de rapport sexuel entre mineurs et majeurs	24
2) La distinction stricte entre les éléments constitutifs et les circonstances aggravantes des violences sexuelles.....	25
Paragraphe 2 : La loi Schiappa de 2018 et l'ébauche inachevée d'une présomption de non-consentement.....	26
A) La modification de la définition de contrainte et surprise	27
1) La prise en considération législative du manque de discernement et de la vulnérabilité du mineur de quinze ans dans la preuve du défaut de consentement	
27	
2) Un apport législatif conforme à la pratique judiciaire antérieure	29
3) L'apport législatif toutefois insuffisant et relativement flou de la loi du 3 août 2018	30
a) L'absence de définition des notions de discernement ou vulnérabilité entraînant une insécurité juridique	30
b) Le possible alourdissement de la charge de la preuve pour la victime ...	31
B) L'inopportunité d'instaurer une présomption de non-consentement du mineur au regard des intérêts à défendre	31
1) Une présomption défendant la liberté sexuelle du mineur et non son intégrité physique et psychique	32
2) Une présomption a priori contraire à la Constitution.....	32
3) Une présomption de non-consentement remettant en cause la confiance envers les magistrats.....	34
Chapitre 2 : L'échec de la fonction répressive de la loi en matière de violences sexuelles sur mineurs	35
Section 1 : La preuve du défaut de consentement du mineur à un acte sexuel ou <i>probatio diabolica</i>	35
Paragraphe 1 : Le caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal	35

A)	La prise en compte de l'âge du mineur et de l'autorité de droit ou de fait exercée par l'auteur à titre d'indice de la contrainte morale et de la surprise	36
1)	L'affirmation de l'absence de valeur normative de l'article 222-22-1 du code pénal par le Conseil constitutionnel.....	36
2)	La réaffirmation du caractère interprétatif de l'article 222-22-1 du code pénal par la Cour de cassation pour justifier la rétroactivité de la loi du 3 août 2018	37
B)	La preuve de l'absence de consentement du mineur à l'épreuve de l'exercice de l'autorité parentale.....	38
1)	La difficulté de prouver des violences, menaces ou surprise dans le cadre d'une relation sexuelle incestueuse	39
2)	La confusion entre contrainte morale et exercice de l'autorité parentale .	40
a)	La prise en considération partielle par le législateur du statut de l'auteur	
40		
b)	La prise en considération insuffisante par le législateur du statut de l'auteur	
41		
	Paragraphe 2 : La preuve du défaut de consentement du mineur à l'épreuve de la prescription de l'action publique.....	41
A)	L'évolution législative en faveur d'une prescription dérogatoire des infractions sexuelles sur mineurs.....	41
1)	Le délai de prescription de l'action publique spécial et différé en matière de crimes sexuels sur mineurs	41
2)	Le délai de prescription de l'action publique spéciale et différé en matière d'agressions sexuelles sur mineurs.....	43
B)	La nécessité d'une prescription étendue au regard de la vulnérabilité des victimes	43
1)	La vulnérabilité liée au jeune âge de la victime	43
2)	La vulnérabilité liée au lien unissant l'auteur et la victime	44
3)	La vulnérabilité liée au phénomène d'amnésie traumatique.....	44
	Section 2 : La répression insuffisante des infractions de violences sexuelles sur mineurs	45
	Paragraphe 1 : L'insuffisance de la surqualification symbolique des violences sexuelles incestueuses	46
A)	La reconnaissance seulement déclarative de l'inceste en droit pénal français	46
1)	La nécessité d'une infraction sexuelle qualifiée pour recevoir la surqualification d'« inceste »	46
2)	Le terme « inceste » absent des circonstances aggravantes des infractions sexuelles	47
3)	La création d'une infraction autonome d'inceste à l'épreuve du principe constitutionnel de nécessité des délits et des peines.....	48

B)	Une conception juridique française minimaliste de l'inceste.....	49
1)	Une surqualification strictement encadrée par le Conseil constitutionnel	49
2)	Les relations entre frères et sœurs absentes des circonstances aggravantes des violences sexuelles	51
C)	Le traitement juridique de l'inceste non proportionné à la gravité de ces infractions	53
1)	La réprobation pluridisciplinaire de l'inceste	53
2)	Les conséquences des faits incestueux sur les victimes.....	54
	Paragraphe 2 : La correctionnalisation du viol découlant de la difficulté de prouver ses éléments constitutifs	56
A)	Les différents objectifs de la correctionnalisation.....	56
1)	La correctionnalisation du viol pour bonne administration de la justice ..	56
2)	La correctionnalisation pour la protection de la victime.....	57
B)	Un échec répressif entraînant un échec symbolique de l'incrimination du viol	
	58	
	Partie II : De l'opportunité d'instaurer des infractions sexuelles autonomes sur mineurs nonobstant leur consentement	61
	Chapitre 1 : L'opportunité répressive de créer des infractions sexuelles autonomes sur mineurs	61
	Section 1 : L'assouplissement de la preuve des infractions sexuelles sur mineurs par l'exclusion des questions de consentement	62
	Paragraphe 1 : L'insuffisance constatée du délit d'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans	62
A)	L'âge du mineur à titre d'élément constitutif de l'infraction	62
1)	L'élément matériel caractérisé par un contact physique sexuel nonobstant pénétration commis par un majeur sur un mineur de quinze ans	62
2)	L'élément matériel caractérisé par un contact physique sexuel entre mineur de quinze ans et majeur nonobstant le consentement du mineur	63
3)	L'élément moral caractérisé par la connaissance de l'auteur de l'âge du mineur.....	64
B)	L'application finalement résiduelle de l'infraction d'atteinte sexuelle.....	65
1)	La requalification des violences sexuelles en atteinte sexuelle en cas d'absence de preuve du défaut de consentement du mineur	65
2)	L'assimilation de l'atteinte sexuelle aux agressions sexuelles au regard des sanctions	66
C)	L'incohérence législative de l'atteinte sexuelle incestueuse	67
1)	Le statut d'ascendant de l'auteur ou de personne disposant d'une autorité au titre de circonstance aggravante de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans	
	67	

a) Le champ d'application restreint de la circonstance aggravante de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans	67
b) Une surqualification inopportunne calquée sur les agressions sexuelles sur mineurs	68
2) Le statut d'ascendant de l'auteur ou de personne disposant d'une autorité au titre d'élément constitutif de l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze à dix-huit ans	69
a) Une infraction autonome d'atteinte sexuelle incestueuse sur mineur de quinze à dix-huit ans.....	69
b) Les faits de l'atteinte sexuelle incestueuse sur mineur de plus de quinze ans induisant l'élément moral de l'infraction.....	70
Paragraphe 2 : Les limites du consentement du mineur à un rapport sexuel avec un majeur.....	71
A) La nécessaire prise en considération du manque de maturité du mineur	71
B) La nécessaire responsabilisation des adultes en la matière	72
Section 2 : La volonté réaffirmée d'étendre les délais de prescription de l'action publique en matière d'infractions sexuelles sur mineurs	73
Paragraphe 1 : La volonté de mettre en œuvre une prescription échelonnée	73
A) L'impossibilité constitutionnelle d'instaurer une imprescriptibilité des infractions sexuelles sur mineurs	73
1) La violation du principe constitutionnel d'égalité	73
2) La violation du principe constitutionnel de nécessité	75
B) L'opportunité d'instaurer une prescription de l'action publique échelonnée en matière de violences sexuelles sur mineurs.....	77
1) L'opportunité répressive d'une prescription échelonnée	77
2) L'opportunité symbolique d'une prescription échelonnée.....	78
Paragraphe 2 : Les effets pervers sur la répression d'un délai de prescription trop étendu	78
A) Le risque de dépérissage des preuves.....	78
1) Les effets du temps sur les preuves d'infractions sexuelles.....	79
2) Les conséquences négatives sur les victimes de preuves trop difficiles à rapporter	80
B) Le risque d'inconstitutionnalité du mécanisme de prescription échelonnée ..	81
Chapitre 2 : L'exclusion partielle des questions de consentement du mineur à un acte sexuel avec un majeur par la loi du 21 avril 2021	82
Section 1 : Une réponse à la volonté de l'opinion publique majoritaire d'une meilleure prise en considération des mineurs victimes d'infractions sexuelles	82
Paragraphe 1 : Une lente prise de conscience politique alimentée par l'actualité	82
A) L'apologie de la pédophilie à la suite de la révolution sexuelle	82

B) La libération de la parole des victimes entraînant une surréaction politique et législative à l'actualité	84
Paragraphe 2 : La création d'infractions <i>sui generis</i> en matière d'infractions sexuelles sur mineurs	87
A) L'exclusion du défaut de consentement du mineur des éléments constitutifs des infractions sexuelles	87
1) L'exclusion du défaut de consentement du mineur de quinze ans en raison de son âge	87
a) Une interdiction au détriment d'une présomption de défaut de consentement du mineur de quinze ans	87
b) L'exclusion des violences sexuelles de droit commun par assimilation .	89
2) L'exclusion du défaut de consentement du mineur en raison du statut d'ascendant ou de personne ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait	89
a) La consécration d'infractions autonomes d'inceste sur mineur de dix-huit ans	89
b) La conservation de la surqualification d'inceste opportune pour les victimes d'inceste majeures.....	90
B) La consécration de l'interprétation subjective des rapports sexuels par une extension du viol au-delà de la pénétration stricto sensu	91
Section 2 : Une meilleure défense de l'intégrité physique et psychique du mineur victime d'infractions sexuelles	92
Paragraphe 1 : Une protection des intérêts des mineurs tout en protégeant leur liberté sexuelle dans les relations sexuelles adolescentes consenties.....	92
A) L'absence de fait justificatif de relations sexuelles antérieures à la majorité de l'auteur.....	93
B) La prise en compte de l'écart d'âge entre le mineur et le majeur par la clause « Roméo et Juliette »	93
1) La volonté de protection des amours adolescents	93
2) L'absence de disposition relative aux infractions sexuelles sur mineurs commises par des mineurs.....	94
Paragraphe 2 : La haute portée déclarative de la loi.....	96
A) Le rôle symbolique de l'absence de perte de qualification de « viol » et « agression sexuelle ».....	96
B) La retenue du seuil de quinze ans au détriment du seuil de treize ans	97
1) La volonté initiale de criminaliser les crimes sexuels sur mineurs de treize ans	97
2) Le choix davantage protecteur de l'âge du seuil de quinze ans	98
C) La reconnaissance textuelle de l'inceste	99

1) L'absence de choix du législateur entre infraction autonome, surqualification et circonstance aggravante	99
2) Le refus d'ériger l'inceste à un degré de gravité supérieur aux autres violences sexuelles sur mineurs de quinze ans.....	100
CONCLUSION	102