



Mineurs, sexualité et consentement en droit pénal

Claire Saas

DANS **LES CAHIERS DE LA JUSTICE 2021/4 N° 4**, PAGES 601 À 612
ÉDITIONS **DALLOZ**

ISSN 1958-3702

ISBN 9782996221041

DOI 10.3917/cdlj.2104.0601

Date de mise en ligne : 17/01/2022

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2021-4-page-601?lang=fr>



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



Distribution électronique Cairn.info pour Dalloz.

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

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

Mineurs, sexualité et consentement en droit pénal

par Claire Saas¹

Claire Saas, Vice-présidente au tribunal judiciaire de Melun, Maîtresse de conférences à l'Université Paris-Saclay, CERDI.

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021, le droit positif incriminant les infractions sexuelles à l'encontre de mineurs prenait en considération l'âge de la victime et de l'auteur, la nature des actes sexuels, les moyens employés, les relations entre le mineur et le mis en cause, les conséquences des violences ou menaces exercées. L'ensemble des actes de nature sexuelle d'un adulte sur un mineur de quinze ans était pénalisé, soit par le biais du viol et de l'agression sexuelle qui impliquent un forçage du consentement, soit par le biais de l'atteinte sexuelle pour laquelle le consentement est indifférent. La volonté de protéger le mineur de quinze ans de toute activité sexuelle initiée par un adulte était clairement affirmée, d'autant plus que la loi du 3 août 2018 avait simplifié la caractérisation de la contrainte morale. A la suite d'un débat médiatique assez houleux et juridiquement flou, le législateur a, tout en conservant le droit positif antérieur, créé de nouvelles infractions de viols et d'agressions sexuelles sans contrainte, menace, violence ou surprise. Sans prendre le temps d'une réflexion pluridisciplinaire et de distance à l'égard de revendications parfois radicales, le législateur a complexifié l'état du droit et l'a rendu incertain.

Minors, sexuality and consent in criminal law

Until Law 2021-478 of 21 April 2021 came into force, the positive law on sexual offences against minors considered the ages of the victim and the perpetrator, the nature of the sexual acts in question, the means employed, the relationship between the minor and the accused, and the consequences of the violence or threats used. All acts of a sexual nature committed by an adult on a minor under the age of fifteen were formerly criminalised either as rape or sexual assault, which imply the «forcing of consent», or as indecent assault (atteinte sexuelle), where consent is irrelevant. The intention to protect fifteen-year-old minors from sexual activity initiated by an adult was clearly asserted, especially since the Law of 3 August 2018 had simplified the establishment of coercion. Following a heated and legally vague debate in the media, lawmakers, while retaining the earlier positive law, created the new offences of rape and sexual assault without coercion, threat, violence or surprise. Without taking the time to reflect on these demands for sometimes radical change in a detached and multi-disciplinary manner, lawmakers have made the law more complex and uncertain.

1. Docteur en droit, Claire Saas a été enseignante-chercheuse habilitée à diriger des recherches à l'Université de Nantes avant de rejoindre l'Université de Paris-Saclay. Elle

est désormais en détachement judiciaire et exerce, en tant que vice-présidente, des fonctions pénales et civiles au sein du tribunal judiciaire de Melun.

Evoquer la manière dont le législateur et le juge s'emparent du (non-)consentement des mineurs et de la sexualité s'apparente à une tâche ardue, portant sur un champ dans lequel il est parfois difficile de raison garder². Le droit positif a été maintes fois amendé, le dernier jalon de cette réforme étant la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021. Un consensus se dégage probablement des textes, celui de la vulnérabilité intrinsèque des enfants, tributaires de leurs garants et, par conséquent, soumis à ces derniers.

Jusqu'à la loi du 21 avril 2021, l'état du droit positif était relativement simple d'exposition. L'architecture légale des infractions sexuelles sur mineurs reposait sur plusieurs distinctions : l'âge de la victime et de l'auteur, la nature des actes sexuels, les moyens employés, les relations entre le mineur et le mis en cause, les conséquences des violences ou menaces exercées. La *summa divisio* était établie en fonction du type d'actes et des moyens employés : le viol et l'agression sexuelle, d'une part, et l'atteinte sexuelle, d'autre part.

D'un côté, le viol et l'agression sexuelle impliquaient que soient caractérisées une contrainte morale ou physique, une violence, une menace ou une surprise ayant forcé le consentement, la distinction entre viol et agression sexuelle dépendant de la nature de l'activité sexuelle imposée à autrui, avec

ou sans pénétration. La 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 incestueux³ était venue définir la contrainte morale à l'article 222-22-1 comme pouvant « résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes⁴ avait précisé que l'autorité de fait pouvait être caractérisée par la différence d'âge significative entre le majeur et le mineur. Le caractère incestueux était relevé en application de l'article 222-31-1, sans aggravation des peines encourues.

De l'autre côté, l'atteinte sexuelle, commise par un majeur⁵ sur un mineur de 15 ans, impliquait une activité sexuelle de toute nature sans forçage du consentement du mineur. Cette pénalisation de l'atteinte sexuelle, précédemment dénommée attentat à la pudeur sans violence, existe dans notre droit positif depuis 1832. Depuis 2018, une peine de sept ans d'emprisonnement est encourue. Enfin, étaient aussi pénalisées les relations avec un ascendant, une personne ayant autorité ou qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions sur un mineur âgé de 15 à 18 ans. La peine encourue était de trois ans d'emprisonnement.

2. Cet article doit beaucoup au collectif « Raison garder », à laquelle l'auteur appartient, et à son livre « Mineurs et sexualité – Les lois en débat », Dalloz, 1^{re} éd., 2020, 186 p. Une deuxième édition à paraître début 2022 inclura une analyse de la loi du 21 avril 2021.

3. JO n° 33 du 9 février 2010.

4. JO n° 0179 du 5 août 2018.

5. L'article 331 de l'ancien code pénal, issu de la loi du 28 avril 1832, ne distinguait pas l'âge de l'auteur, qui pouvait être majeur ou mineur.

Les circonstances dans lesquelles la loi du 21 avril 2021 a été adoptée n'étaient pas empreintes de la plus grande sérénité et du recul nécessaire à la fabrique de la loi. N'ont pas manqué les postures tendant à confondre les termes du débat ou cherchant à imposer une conviction, y compris en adoptant une attitude d'une violence inacceptable pour faire passer, auprès des enfants eux-mêmes, le message d'une organisation délibérée de l'impunité des incestueux⁶.

Désormais, l'architecture du droit positif s'est complexifiée, en ce qu'elle repose, formellement, sur des incriminations distinctes pour les victimes majeures ou mineures de quinze ans ou mineures de dix-huit ans, mais présentées sous un nom identique⁷. De manière schématique, la loi du 21 avril 2021 a réuni, sous quatre infractions, la pénalisation des actes sexuels commis par un majeur sur un mineur de quinze ans, ou, en cas d'inceste, sur un mineur de dix-huit ans, tout en conservant les infractions sexuelles « classiques » ou d'origine.

Ces quatre infractions – articles 222-23-1, 222-23-2, 222-29-2 et 222-29-3 du code pénal – ne distinguent pas selon que les actes ont été commis avec violence, contrainte, menace ou surprise. Ces termes ont disparu

des nouvelles qualifications. En revanche, est perpétuée la distinction fondée sur la nature de l'acte sexuel commis et son caractère incestueux. Aux articles 222-23-1 et 222-23-2 du code pénal, la loi instaure deux crimes de viols commis par un majeur et tenant à un acte de pénétration ou un acte bucco-génital, le premier sur mineur de quinze ans et le second en cas d'inceste commis sur tout mineur. Ils sont punis de vingt ans de réclusion criminelle, en application de l'article 222-23-3 du code pénal.

« De manière schématique, la loi du 21 avril 2021 a réuni, sous quatre infractions, la pénalisation des actes sexuels commis par un majeur sur un mineur de quinze ans, ou, en cas d'inceste, sur un mineur de dix-huit ans, tout en conservant les infractions sexuelles « classiques » ou d'origine. »

Aux articles 222-29-2 et 222-29-3 du code pénal, la loi incrimine deux délits d'agression sexuelle commis par un majeur et tenant à tout acte sexuel autre qu'un viol, le premier sur mineur de quinze ans et le second en cas d'inceste commis sur mineur. Ils sont punis de dix ans de prison.

Ce nouvel édifice recèle bien des difficultés. Tout d'abord, comme a pu le relever Catharine A. MacKinnon⁸, la législation

6. V. la critique de ces postures dans « *La médiatisation au risque de l'éthique* ». *Le Monde*, 24 mars 2021.

7. Là où de nombreux droits étrangers distinguent les qualifications en fonction non seulement de la nature des actes mais aussi de la qualité du mineur, qui est le plus souvent qualifié d'enfant. Par exemple, le Sexual Offences (Scotland) Act de 2009 prévoit dans sa quatrième partie des incriminations visant à protéger les « jeunes enfants », âgés de moins de 13 ans. De même, le Sexual Offences Act de 2003 distingue

les « enfants », âgés de moins de 13 ans ou entre 13 et 16 ans, au sein de nombreuses incriminations, en précisant les sphères familiales (Familial Child Sex Offences) et de confiance (Abuse of position of trust). En droit allemand, les enfants âgés de moins de 14 ans (« Kinder ») et les jeunes, mineurs âgés de plus de 14 ans (« Jugendliche ») sont distingués.

8. CA MacKinnon, « Rape Redefined », *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, 2016, p. 431-476.

pénale en la matière est dominée par la conception masculine de la sexualité, notamment dans la description des actes, la pénétration étant centrale⁹. De plus, nommer de la même façon des incriminations distinctes est assez malheureux. Il y a, aux termes mêmes de la loi, des viols ou des agressions sexuelles impliquant une contrainte, une surprise, une menace ou une violence et des viols ou des agressions sexuelles construites sans cet élément constitutif. Par ailleurs, le législateur a omis l'élément moral, qui porte sur la connaissance qu'a l'auteur de l'âge du mineur de 15 ou de 18 ans. Si l'implicite se conçoit en matière criminelle, tous les crimes étant intentionnels en application de la clause générale de l'article 121-3 du code pénal, il n'en va pas de même en matière délictuelle.

L'un des enjeux, si ce n'est le principal enjeu, de la loi du 21 avril 2021 portait sur le consentement. Quel que soit le texte envisagé, le consentement apparaît central¹⁰, y compris lorsqu'il n'est pas mentionné expressément¹¹. Trois modèles législatifs sont recensés : celui du « seul oui est un oui », celui du « non est un non » ou encore le modèle de la contrainte¹². En France, ce dernier modèle l'emportait. En effet, l'absence de consentement résulte, pour les viols

et les agressions sexuelles, de la menace, la violence, la contrainte ou la surprise. Les lois du 8 février 2010 et du 3 août 2018 continuaient à s'inscrire dans ce modèle de la contrainte, en facilitant la preuve de la contrainte morale et de la surprise chez un mineur de 15 ans. D'aucuns estimaient même qu'en l'absence de violence ou de menace ou de surprise ou de contrainte, un mineur n'était pas protégé contre une activité sexuelle initiée par un majeur, voire que le consentement du mineur à une activité sexuelle avec un adulte était présumé. Cela s'apparentait à une mauvaise compréhension du droit positif, omettant non seulement l'article 222-22-1 du code pénal, mais aussi l'article 227-25. Que dit l'état actuel du droit positif du « consentement » ?

Définir le consentement, davantage notion que mot¹³, est ardu. Le droit de la santé peut constituer une source d'inspiration pour comprendre les fonctions ou les effets du consentement. Est avancé un consentement libre et éclairé donné par une personne compétente¹⁴. Le consentement libre serait l'accord donné sans aucune coercition : sans contrainte physique ou morale, sans menace, sans surprise, sans ruse, sans abus d'une situation de confiance ou d'autorité,

9. V. S. Hennette-Vauchez et C. Girard, « Théories du genre et théorie du droit », *Savoir/Agir*, 2012/2, n° 20, p. 53-59.

10. I. Théry, « Les trois révolutions du consentement. Pour une approche socio-anthropologique de la sexualité », in G. Diatkine, J.-C. Arfouillaux, A. Fréjaville et A. N'Guyen (dir.), *Éducation et maltraitance*, PUF, coll. « Monographies de la psychiatrie de l'enfant », 2001, p. 33-54.

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

12. E. Hoven et T. Weigend, « 'Nein heisst Nein'— und viele Fragen offen — Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe », *JZ* 4/2017, p. 182-191 ; T. Hörnle, « Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention – Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB », Institut für Menschenrechte, 2015, 28 p.

13. G. Fraisse, *Le consentement : un concept à définir ? Les chemins de la philosophie*, France culture, 20 nov. 2017.

14. Ch. Guéry, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », *RSC* 2020. 255.

sans stratagème, sans contrepartie... Le consentement éclairé serait donné en connaissance de cause et en compréhension de ce à quoi il est consenti et ce, tout au long de la réalisation de l'acte. Quant au sujet, il devrait s'agir d'une personne autonome, dotée de facultés cognitives lui permettant de comprendre son environnement, de discerner les situations et d'exprimer sa volonté.

En l'état actuel du droit positif, les qualifications générales de viol et agressions sexuelles, qui impliquent une contrainte, une menace, une violence ou une surprise, demeurent caractérisées par l'existence d'un consentement forcé, qui n'a pas été librement donné. Les qualifications spéciales de viol et agressions sexuelles sur mineurs, telles qu'elles résultent de la loi du 21 avril 2021 et incluant la surqualification d'incestueuses, supposent que le consentement du mineur est inopérant et que le majeur ne pourra pas valablement exciper d'un éventuel consentement du plaignant au titre d'un moyen de défense. Le consentement, à supposer qu'il puisse être libre dans une situation de domination¹⁵, n'est pas éclairé. Aurait-il fallu que la loi exprimât un postulat d'incompétence du mineur à consentir à une activité sexuelle ?

Au-delà de ces trois caractéristiques permettant de qualifier un consentement valable, il faut encore que la personne ait exprimé ce consentement (ou ce non-consentement) et qu'il ait été perçu par son interlocuteur. Une

partie de l'histoire des infractions sexuelles débattues dans les prétoires pourrait être résumée par l'écart qui existe entre la version du plaignant, qui n'a pas consenti à une activité sexuelle, et celle du mis en cause, qui n'a pas forcé cette activité sexuelle, comme s'il existait, au-delà d'une compréhension très variable de ce qu'est « consentir », un espace entre l'émission/l'élaboration du consentement (I) et la réception/compréhension de celui-ci (II).

I – L'émission/l'élaboration du consentement

L'impossibilité du consentement d'un enfant à une activité sexuelle a été centrale dans les débats médiatiques, universitaires et parlementaires, amenant à envisager l'adoption d'une présomption de non-consentement d'un mineur à une activité sexuelle (A). Le législateur a fait un autre choix, celui du caractère inopérant du consentement, qui l'emportait déjà, pour partie, dans les lois antérieures à 2021 (B).

A – Le consentement impossible

Il a pu être avancé qu'il fallait instaurer en droit français une présomption, réfragable ou irréfragable, de non-consentement des mineurs à une activité sexuelle avec des adultes en instaurant un seuil d'âge. Ce dernier pouvait être variable selon les critères

15. N.-C. Mathieu, *L'Anatomie politique*, Éditions IX^e, Paris, 2013, 266 p., p. 197 ; M. Fabre-Magnan, *L'Institution de la liberté*, Paris, PUF, 2018, 349 p., part. p. 60 et 61 : « L'usage du mot "consentement" est toujours révélateur. [...] car il

peut s'agir] d'un acte unilatéral mais qui conduit à une forme de renonciation ou d'abandon à autrui d'un droit sur son corps (par exemple dans l'euthanasie ou dans les relations sexuelles) ».

envisagés et les connaissances mobilisées. Il a été fait référence à un non-consentement statutaire¹⁶, distinct d'un non-consentement situationnel. Cela revenait à retenir une incapacité du mineur à consentir à une activité sexuelle, une incompétence du sujet lui-même. L'impossibilité du consentement aurait pour fonction d'affirmer l'indisponibilité du corps de l'enfant.

Certainement, une présomption d'absence de consentement des mineurs, en deçà d'un certain âge, à une activité sexuelle ne pouvait être qu'irréfragable, pour écarter tout débat sur ce point précis. Le Conseil d'État, dans son avis du 15 mars 2018 portant sur un projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs, avait estimé qu'une « telle présomption aurait été très difficilement compatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui [...] n'admet qu'« à titre exceptionnel » l'existence d'une présomption de culpabilité en matière répressive. Pour que celle-ci soit jugée constitutionnelle, il faut, d'une part, qu'elle ne revête pas de caractère irréfragable et, d'autre part, qu'elle assure le respect des droits de la défense, c'est-à-dire permette au mis en cause de rapporter la preuve contraire ».

Néanmoins, une présomption irréfragable, si elle n'aurait probablement pas franchi le cap d'un contrôle de constitutionnalité, aurait en revanche pu être considérée comme

conventionnelle. La Cour européenne des droits de l'homme a pu admettre des présomptions de culpabilité quasi-irréfragables dans des domaines, notamment douaniers, dans lesquels les enjeux sont principalement économiques et de santé publique¹⁷. En serait-il autrement dans un domaine où les enjeux sont non seulement économiques et de santé publique¹⁸, mais aussi sociétaux ? De surcroît, 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, dite Convention d'Istanbul, dont la France est signataire, incite les États à incriminer les actes sexuels non consentis ce qui, s'agissant de mineurs soumis, par leur état même, aux adultes, pourrait s'entendre comme impliquant l'adoption d'une présomption de non-consentement.

Une présomption d'absence de consentement d'un enfant à une activité sexuelle aurait eu le mérite d'exprimer clairement l'indisponibilité du corps de l'enfant. La chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans des arrêts d'espèces, déjà affirmé que, dans des constellations touchant à de jeunes enfants, la seule indication de cet âge suffit pour retenir l'absence de consentement et donc un viol ou une agression sexuelle. Elle a précisé que l'état de contrainte ou de surprise résulte du « très jeune âge des enfants qui les rendait incapables de réaliser la nature et la gravité des actes qui leur étaient imposés ». Face à

16. Le terme de « statutaire » est-il emprunté à certains systèmes juridiques dits de *Common Law* ayant adopté des textes de lois incriminant le « statutory rape » ?

17. CEDH, *Salabiaku c/ France*, 7 oct. 1988.

18. La prise en charge des victimes et des auteurs, ou son absence, a évidemment un coût.

des actes sexuels réalisés sur de très jeunes enfants, la qualification d'atteinte sexuelle sur mineurs de quinze ans devait être *ipso facto* écartée en tenant compte de l'inaptitude d'un enfant à consentir à un acte sexuel¹⁹.

Indépendamment de la constitutionnalité d'une présomption irréfragable, l'une des difficultés résidait dans les critères de fixation d'un âge en deçà duquel un mineur est estimé inapte à consentir. Certains pays ont surmonté cette difficulté en retenant un âge de 12, 13 ou encore 14 ans, voire plusieurs paliers de 13 et 16 ans, mais cela n'empêche pas les effets de seuil. Une deuxième difficulté aurait porté sur les activités sexuelles entre pairs. Dès lors que l'absence de consentement aurait été présumée de manière irréfragable, auraient pu être poursuivis les partenaires proches en âge, qui seraient à la fois prévenu et partie civile.

B – Le consentement inopérant

Le choix qui a été fait par le législateur, avant la loi du 21 avril 2021, était de retenir le caractère inopérant ou indifférent du consentement du mineur de 15 ans. L'article 227-25 du code pénal incriminait déjà l'atteinte sexuelle par majeur sur mineur de quinze ans qui était constituée sans que soit à établir une contrainte, une menace, une surprise ou une violence.

Contrairement à ce qui a pu être avancé, cela ne signifiait pas que les mineurs de quinze ans sont consentants à une activité sexuelle. Bien au contraire, le consentement du mineur, qui peut avoir 14 ans et 11 mois, n'a aucune incidence. Le ministère public, auquel pourra s'associer la partie civile, n'a pas à démontrer son non-consentement ;

« Le choix qui a été fait par le législateur, avant la loi du 21 avril 2021, était de retenir le caractère inopérant ou indifférent du consentement du mineur de 15 ans. »

en miroir, le prévenu ne pourra utilement tirer du consentement de la partie civile un moyen de défense. Cette infraction permet de rappeler qu'un acte sexuel d'un majeur sur un mineur de quinze ans n'est jamais licite²⁰. Infraction par défaut²¹, elle fait encourir une peine de sept ans d'emprisonnement, ce qui, dans l'échelle des peines correctionnelles, constitue tout de même le deuxième échelon de gravité. Cette incrimination a souvent été tue ou mal présentée, rendant méconnaissable l'état du droit positif.

D'aucuns pouvaient trouver cette pénalisation insuffisante. Toutefois, il était inexact de présenter un droit positif scotomisant la vulnérabilité de l'enfant ou de l'adolescent,

19. Crim. 7 déc. 2005, n° 05-81.316, Bull. crim. n° 326 ; D. 2006. 175, obs. C. Girault ; *ibid.* 1649, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2006. 81, obs. C. Saas ; RSC 2006. 319, obs. Y. Mayaud. En l'espèce, les enfants étaient âgés de dix-huit mois à cinq ans.

20. Elle se rapproche, à bien des égards, du « *statutory rape* » puisqu'il est indifférent que le mineur ait consenti.

21. Depuis la loi du 3 août 2018, le président de la Cour d'assises doit poser la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle, lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans et que, au cours des débats, a été contestée l'existence de violence, menace, contrainte ou surprise.

de prétendre que les articles 227-25 et 227-27 n'assuraient pas une répression de l'activité sexuelle d'un majeur sur un mineur de 15 ans en toute hypothèse et sur un mineur âgé entre 15 et 18 ans en cas de situation d'autorité et d'occulter le fait que ces qualifications, tout particulièrement l'article 227-25, sont mobilisées lorsque s'avère impossible la démonstration d'une pression exercée sur la volonté de la victime.

Depuis la loi du 21 avril 2021, cohabitent avec l'article 227-25 du code pénal deux dispositions incriminant le viol et l'agression sexuelle par majeur sur mineur de quinze ans en dehors de toute surprise, menace, contrainte ou violence. S'y ajoutent deux dispositions incriminant le viol et l'agression sexuelle incestueux par majeur sur mineur, dans l'hypothèse d'une relation particulière entre le mineur et le majeur. L'agencement de ces nouvelles dispositions²² avec les qualifications anciennes ne concerne que les faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle, dans la mesure où elles sont plus sévères. Il ne faut pas moins d'une dépêche et de cinq annexes pour annoncer les modifications apportées par la loi²³. Il y est clairement prévu que les quatre nouvelles incriminations sont des qualifications spéciales qui doivent être préférées aux incriminations

générales de viols et d'agressions sexuelles avec violence, contrainte, menace ou surprise en vertu du principe *specialia generalibus derogant*, « même s'il est manifeste que les faits ont été commis avec violence, contrainte, menace ou surprise »²⁴.

L'affirmation du non-consentement des mineurs de quinze ans est en réalité encore implicite, tout comme elle l'était à l'article 227-25 du code pénal : elle passe par l'effacement de toute distinction tenant à l'usage de la violence, la contrainte, la menace ou la surprise. Les ellipses de la loi ont d'ores et déjà été comblées par la dépêche du ministère de la Justice. Il y est précisé que ces circonstances, bien qu'elles ne soient plus des éléments constitutifs de l'infraction, seront prises en compte pour l'appréciation de la peine. Étant observé que les qualifications développées ne seront pas censées inclure de référence à des violences, contraintes, menaces ou surprises, ces éléments seraient néanmoins à évoquer lors des débats. La partie civile, tant au soutien de l'action publique que pour préciser ses prétentions indemnitaires, aura à cœur d'évoquer les circonstances de commission de l'infraction. La défense relèvera, peut-être avec une pointe d'impertinence mais non sans raison, que si le non-consentement est implicite, il n'y a pas à débattre de la menace, de

22. La présentation très synthétique qui en est ici faite ne rend pas compte de leur complexité, car il est notamment exigé une différence d'âge de plus de cinq ans entre le mineur de quinze ans et le majeur. V. pour une présentation plus exhaustive, S. Detraz, « Le dédoublement des agressions sexuelles – Commentaire de certaines des dispositions de la loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste », Dr. pénal n° 6, juin

2021. Étude 12.

23. Crim. BLP n° 2021-00001 ; Publication au Journal Officiel de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

24. Ce qui ne paraît pas conforme à la lettre de la loi qui précise « hors les cas prévus » en renvoyant aux incriminations du viol ou de l'agression sexuelle classique. V. II. A.

la surprise, de la contrainte et de la violence, surtout si ces éléments sont particulièrement saillants dans la procédure et à charge pour le prévenu. L'effacement voulu par le législateur des distinctions tenant à l'usage de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise risque fort de ne pas être assuré.

Il faudra faire preuve de pédagogie et de subtilité, avec les justiciables et leurs conseils, d'autant que se pose également la compréhension du non-consentement par les prévenus ou les accusés.

II – La réception/compréhension du non-consentement

La preuve du non-consentement, lorsqu'il était extorqué, avait été facilitée par les lois du 8 février 2010 et du 3 août 2018 (A). Le recours à l'artifice d'un tiers objectif pourrait éventuellement pallier le « mal-entendu » de l'implicite (B).

A – La preuve facilitée du consentement extorqué

Les infractions spéciales de viols sur mineurs des articles 222-23-1 et 222-23-2 du code pénal disposent « hors les cas prévus à l'article 222-23 du code pénal » ; il en va de même des articles 222-29-2 et 222-29-3 qui visent « hors les cas prévus à l'article 222-29-1 du code pénal ». On devrait alors

faire application des incriminations classiques lorsque le consentement a été extorqué. La dépêche du ministère de la Justice préconise un choix contraire : le viol et les agressions sexuelles d'origine, impliquant surprise, menace, contrainte ou surprise, ne devraient désormais s'appliquer que par défaut lorsque la victime est mineure, comme l'article 227-25 du code pénal avant l'adoption de la loi du 21 avril 2021²⁵.

Quelle que soit l'analyse retenue, les incriminations préexistant à la loi du 21 avril 2021 devraient au moins s'appliquer lorsque seuls des mineurs sont en présence, ce qui fait écho à l'analyse que le Conseil constitutionnel avait livrée de l'article 222-22-1 du code pénal²⁶. La loi du 8 février 2010 avait défini la contrainte morale comme pouvant résulter de la différence d'âge entre la victime et l'auteur et de l'autorité de droit ou de fait qu'il exerce sur la victime. La jurisprudence a précisé que la contrainte morale pouvait résulter soit de la différence d'âge, soit de la situation d'autorité, sans que ces deux éléments soient cumulatifs²⁷. On pouvait imaginer une application de la contrainte morale, notamment entre mineurs, au sein d'une fratrie ou d'un établissement scolaire ou d'une forme de pensionnat puisque l'article 222-22-1 était ainsi rédigé : « La contrainte morale peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». La majorité de l'auteur n'était pas littéralement prise en compte.

25. V. I. B.

26. Cons. const., 6 févr. 2015, n° 2014-448 QPC, D. 2015. 324 ; *ibid.* 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C.

Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; AJ pénal 2015. 248, note E. Dreyer ; RSC 2015. 86, obs. Y. Mayaud.

27. Crim, 29 mai 2018, n° 18-81.530.

La loi du 3 août 2018 avait précisé que, « lorsque les faits sont commis sur un mineur », non seulement la contrainte mais aussi la surprise pouvaient « 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 exerce²⁸ sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». L'idée d'un consentement impossible en raison de l'incapacité du mineur avait été concrétisée par le dernier aliéna de l'article 222-22-1 du code pénal qui précisait, s'agissant des mineurs de 15 ans, que la contrainte morale et la surprise « sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes ». L'objectif de la loi était de faciliter la démonstration de l'existence de la violence, de la menace, de la contrainte ou de la surprise lorsque le mineur était âgé de moins de quinze ans. Dans son avis du 15 mars 2018, le Conseil d'État avait justement relevé que « la notion de contrainte peut être précisée pour mieux prendre en compte la vulnérabilité des victimes très jeunes. La question centrale est en effet celle des capacités de discernement du mineur quant à la possibilité de consentir de façon libre et consciente à un acte sexuel : elle est au cœur des ambiguïtés de la législation actuelle ».

Depuis la loi de 2018, la loi permet toujours d'écarter *l'existence* du consentement et de condamner pour viol ou agression sexuelle par contrainte morale, lorsque l'auteur est majeur et que la différence d'âge entre l'auteur et la victime est grande, tout particulièrement donc lorsque la victime est un enfant. La formule de Nicole-Claude Mathieu « *quand céder n'est pas consentir* »²⁹ résume bien cette situation dans laquelle un adulte va initier une activité sexuelle auprès d'un mineur, en se prévalant et en abusant d'une situation d'autorité – dit la loi française – ou de confiance – disent les droits anglais et écossais –, et à laquelle l'enfant se soumettra car il est en position de dominé ou de, faussement, protégé. L'audience pénale est aussi le lieu où peut être rappelé que la sexualité suppose une réciprocité³⁰ qui, entre un majeur et un enfant, est dénuée de sens en raison de la soumission de l'enfant à l'adulte, ce que ce dernier ne peut ignorer.

Cette facilitation de la preuve du consentement extorqué a-t-elle été vidée de tout intérêt par la loi du 21 avril 2021, dès lors que les viols et agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans ou par personne ayant autorité sur mineurs ne requièrent plus le forçage du consentement ? Pas nécessairement si l'on retient les hypothèses, nombreuses en pratique, dans lesquelles un acte sexuel a été imposé par un mineur à un autre mineur³¹.

28. La loi du 21 avril 2021 a substitué « a » à « exerce ».

29. N-C Mathieu, *L'anatomie politique*, op. cit., tout part. chapitre 5 « quand céder n'est pas consentir », p. 121-208. Cette formule est reprise dans un arrêt de la cour d'appel de Besançon du 7 juillet 2016 ; cf. Crim., 2 nov. 2017, n° 16-85.499, D. 2018. 1458, obs. J.-J. Lemouland et D. Noguéro.

30. V. notre contribution aux Mélanges en l'honneur de Jean Danet, *Les mots du droit, les choses de la justice*, Dalloz, 2020, « Quand céder n'est pas consentir », p. 129.

31. Autant la clause « Romeo et Juliette » a considérablement alimenté les débats parlementaires autant ce pan de la réalité judiciaire a été oublié.

B – La perception du non-consentement implicite

Dans son avis sur le consentement des personnes vulnérables du 16 avril 2015, la Commission nationale consultative des droits de l'Homme a rappelé que le consentement est une manifestation de volonté qui permet de porter à la connaissance d'autrui sa propre volonté. C'est l'un des angles morts de la loi du 21 avril 2021 que de ne pas avoir davantage exploré la manière dont la manifestation de volonté de personnes vulnérables, au rang desquelles les enfants figurent, va être perçue par leurs interlocuteurs. En effet, il peut arriver, lors d'une audience correctionnelle, d'avoir la conviction que la plaignante n'avait pas consenti, voire avait exprimé un refus auprès d'un tiers, mais que cette absence d'un consentement exprès ou la présence d'un non-consentement implicite n'avaient pas été comprises par le prévenu, peut-être par manque d'éducation et de sensibilisation à la sexualité et à l'idée d'une « relation », donc d'une réciprocité.

L'insertion d'un tiers objectif dans le raisonnement pourrait s'avérer utile et c'est un choix qui a été fait à l'étranger. En 2016, le législateur allemand a réformé le droit pénal sexuel afin de le mettre en conformité avec la Convention d'Istanbul en retenant le modèle du « non est un non »³². Le § 177 al. 1^{er} du StGB dispose : « Quiconque, *contre la volonté perceptible* d'une autre personne, procède à

des agissements sexuels sur elle ou l'amène à procéder à de tels agissements sur l'auteur ou dispose cette autre personne à entreprendre sur ou à subir des agissements sexuels de la part d'une tierce personne, sera puni d'une peine privative de liberté comprise entre six mois et cinq ans ». Le triptyque de la violence, de la menace et de l'abus de vulnérabilité disparaît dans l'incrimination visée

« "Quand céder n'est pas consentir" résumé bien cette situation dans laquelle un adulte va initier une activité sexuelle auprès d'un mineur, en se prévalant et en abusant d'une situation d'autorité – dit la loi française – ou de confiance – disent les droits anglais et écossais –, et à laquelle l'enfant se soumettra car il est en position de dominé ou de, faussement, protégé. »

à l'alinéa 1^{er}. Seule la « *volonté perceptible* »³³ est appréciée, en prenant en considération le point de vue d'un tiers objectif³⁴. Pour que la volonté soit perceptible, elle doit avoir été communiquée, soit expressément, soit implicitement, par exemple en pleurant ou en repoussant l'auteur.

Il appartiendra au prévenu d'expliquer, en étayant ses dires, les raisons pour lesquelles il n'a pas perçu, contrairement au tiers objectif, que le plaignant était opposé à une activité sexuelle. Le législateur allemand poursuit en énonçant au § 177 alinéa 2 cinq cas dans lesquels les agissements énoncés à l'alinéa 1^{er}, en l'absence d'une « *volonté perceptible* », sont néanmoins punissables.

32. 50. Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung ; BGBl. I 2016, p. 2460.

33. Gegen den erkennbaren Willen. T. Hörnle,

« Menschenrechtliche Verpflichtungen aus des Istanbul-Konvention – Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB, Institut für Menschenrechte, 2015, 28 p., part. p. 13 à p. 20.

34. Aus der Sicht eines objektiven Dritten.

Le § 177 couvre ainsi de nombreuses hypothèses, soit que la volonté ait été contrainte, soit que la volonté fasse défaut, soit qu'elle n'ait pu être exprimée³⁵.

Rien de tel n'existe en droit français, pas plus avant qu'après la loi du 21 avril 2021. Cet artifice pourrait permettre de combler l'espace entre ce qu'a dit ou manifesté ou tu un mineur et ce que dit en avoir saisi la personne mise en cause.

Notre crainte est bien que la loi du 21 avril 2021 ait créé davantage de problèmes qu'elle n'en a résolus. Revenu sur le devant de la scène en 2021, Frank Herbert donnait, dès 1951, une clé méthodologique : « On ne peut comprendre un processus en l'interrompant. La compréhension doit rejoindre le cheminement du processus et cheminer avec lui »³⁶. Aurions-nous pu, en France, prendre le temps de cheminer avec la loi et la jurisprudence ? Aurions-nous pu engager

« Nous devrions aussi être en capacité de dire que les lois, aussi vertueuses soient-elles, ne peuvent pas tout. »

une réflexion posée, en explorant, à travers des études juridiques et pluri-disciplinaires, en menant une véritable étude de droit comparé, les pistes qui s'offraient pour saisir, de

manière moins floue et désordonnée, une réalité si complexe ? N'aurions-nous alors pas vu qu'il fallait laisser aux praticiens le temps de déployer tous les effets des nouveaux textes ?

Nous devrions aussi être en capacité de dire que les lois, aussi vertueuses soient-elles, ne peuvent pas tout. De nombreux autres relais devraient être mobilisés : les éducateurs et les enseignants dans les établissements scolaires, les animateurs sportifs, les intervenants religieux, les familles, le milieu culturel, le personnel médical, mais aussi les médias, le monde politique...

Proclamer l'indisponibilité du corps de l'enfant est fondamental. Aider un enfant à élaborer une sphère d'intimité physique et psychique est essentiel. Accepter également que les jeux sexuels entre enfants, lorsqu'ils ne sont que jeux, participent à leur construction.

Cela suppose de donner aux membres de la société les outils pour éduquer, prévenir, protéger, réagir, signaler sans se cacher derrière une cécité, parfois complaisante. Cela suppose aussi, notamment pour les adultes, de ne pas se dédouaner par l'avertissement donné aux enfants de se méfier d'autrui et de faire reposer sur eux une immense culpabilité de ne pas s'être extraits d'une situation à laquelle ils ne pouvaient se soustraire. Cela suppose enfin d'explorer notre propre rapport à la sexualité et la manière dont nous la vivons en société au XXI^e siècle.

35. E. Hoven, Th. Weigend, « 'Nein heisst Nein' – und viele Fragen offen – Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller

Übergriffe », *JZ* 4/2017, p. 182-191.

36. F. Herbert, *Dune*, Robert Laffont, 1980, p. 54.