



**HAL**  
open science

## Les mœurs sexuelles et le droit pénal

Salomé Papillon

► **To cite this version:**

Salomé Papillon. Les mœurs sexuelles et le droit pénal. Droit. Université de Lyon, 2021. Français.  
NNT : 2021LYSE3042 . tel-04194170

**HAL Id: tel-04194170**

**<https://theses.hal.science/tel-04194170>**

Submitted on 2 Sep 2023

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



N°d'ordre NNT : 2021LYSE3042.

## **THESE de DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON**

opérée au sein de

**l'Université Jean Moulin Lyon 3**

**Ecole Doctorale N° 492**

**Discipline de doctorat** : Droit privé

Soutenue publiquement le 15/11/2021, par :

**Salomé PAPILLON**

---

# **Les mœurs sexuelles et le droit pénal**

---

Devant le jury composé de :

**DARSONVILLE Audrey**, Professeur à l'Université Paris Nanterre, *Rapporteur*

**DREYER Emmanuel**, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne Paris 1, *Rapporteur*

**MALABAT Valérie**, Professeur à l'Université de Bordeaux

**PIN Xavier**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3

**MISTRETTA Patrick**, Professeur à l'Université Jean Moulin Lyon 3, *Directeur de thèse*



Au terme de ce travail est venu le temps de remercier. Les sensations se bousculent : saisie par la crainte d'oublier et celle de mal dire, heureuse de pouvoir donner une petite place aux grandes personnes mais surtout, soulagée que soit venu le temps, le temps de remercier.

À Monsieur le Professeur Mistretta. Inévitablement, c'est vers vous que se dirigent mes premières pensées. S'il ne faut dire que l'essentiel, alors, je vous remercierais de m'avoir fait confiance, mais aussi et surtout, de m'avoir donné confiance. Je vous remercie d'avoir été là, indéfectiblement, contre vents et marées, avec votre dignité et votre perspicacité. Vous le dites très bien, Paul Éluard aussi, « il n'y a pas de hasard, il n'y a que des rendez-vous ».

À Adrien. Ce travail commence par des petites lunettes jaunes et se termine par la naissance de notre enfant. À toi, ma personne préférée.

À Blandine, pour être à l'origine de tout cela. Avec toute mon admiration et mon amitié. Les mots ne suffisent pas pour exprimer ma reconnaissance.

À Alexandre, pour s'être trouvé sur mon chemin et m'avoir donné le goût du droit. Mon ami, ma conscience de poche.

À Capucine, sa 'rraine, pour notre amitié qui défie les sables émouvants, déjoue les pièges et s'inscrit dans le temps.

À Camille, pour avoir rendu possibles des choses que je ne pensais pas l'être. Pour les valeurs sociales protégées, mais surtout, pour tout le reste.

À Angéline, pour la douceur de ses doutes et la force de ses expressions.

À Dominique, pour le transfert que je ne peux m'empêcher de faire.

À mes ami.e.s, ceux qui m'ont donné de leur temps, de leur soutien, de leur présence. À Marie Dupont, Margot Le Chenadec, Charlotte Sbernini-Toulec, Pierrick Bourgeon, Octavie Monneret, Ahmed Ghazouani, Amélie Bajat, Morgane Maire, Héloïse Sbernini, Marion Fayard, Aurélie Cautenet, Noémie Fabre-Test, Hugo Jeanniard, Marion Donze et Coline Ambiel-Stepanoff.

À ceux qui composent le centre Louis Josserand.

À Lise et Maria Paula, pour leurs conseils qui ont échappé au cadre juridique.

À ma belle-famille, Floriane, Jonas, Laurène, Mario et Maria, pour désormais faire partie de la mienne.

À Tiphaine, pour ces équilibres retrouvés.

À Pauline, qui sourit aux anges.

À mes jolies rencontres.

À mes parents et mon frère, pour m'avoir donné le plaisir de travailler, la joie de l'effort, la chance d'étudier. Avec tout mon amour et de tout mon cœur.

À Calypso.



# Liste des principales abréviations

## Sources du droit

<b>Art. :</b>	Article
<b>CESDH :</b>	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales
<b>CGCT :</b>	Code général des collectivités territoriales
<b>CIDE :</b>	Convention internationale des Droits de l'Enfant
<b>CSP :</b>	Code de la santé publique
<b>DC :</b>	Décision

## Publications

<b>AJ Famille :</b>	Actualité Juridique Famille
<b>AJ Pénal :</b>	Actualité Juridique Pénal
<b>AJDA :</b>	Actualité juridique de droit administratif
<b>Bull. civ. :</b>	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
<b>Bull. crim. :</b>	Bulletin des arrêts des Chambres criminelles de la Cour de cassation
<b>D. :</b>	Recueil Dalloz
<b>Gaz. Pal. :</b>	Gazette du Palais
<b>J.-Cl. :</b>	Juris-Classeur (encyclopédies)
<b>JCP G :</b>	Semaine juridique, édition Générale
<b>JO :</b>	Journal officiel de la République française
<b>RDC :</b>	Revue des contrats
<b>Rép. Pén. Dalloz :</b>	Répertoire pénal Dalloz
<b>RFDA :</b>	Revue française de droit administratif
<b>RGDM :</b>	Revue générale de droit médical
<b>RPDP :</b>	Revue pénitentiaire et de droit pénal
<b>RRJ :</b>	Revue de la recherche juridique
<b>RSC :</b>	Revue de sciences criminelles et de droit pénal comparé
<b>RTD civ. :</b>	Revue trimestrielle de droit civil
<b>RTDH :</b>	Revue trimestrielle des droits de l'homme

## Juridictions

<b>Ass. plén. :</b>	Assemblée plénière
<b>CA :</b>	Arrêt d'une cour d'appel
<b>CAA :</b>	Arrêt d'une cour administrative d'appel
<b>Cass. ass. plén. :</b>	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
<b>Cass. ch. mixte :</b>	Arrêt de la Chambre mixte de la Cour de cassation
<b>Cass. civ. :</b>	Arrêt d'une Chambre civile de la Cour de cassation
<b>Cass. crim. :</b>	Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
<b>Cons. const. :</b>	Décision du Conseil constitutionnel
<b>Cour. ass. :</b>	Cour d'assises
<b>CE :</b>	Arrêt du Conseil d'État
<b>CE Ass. plén. :</b>	Arrêt de l'Assemblée plénière du Conseil d'État
<b>CEDH :</b>	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
<b>Ch. instr. :</b>	Chambre de l'instruction
<b>CJUE :</b>	Jugement de la cour de justice de l'Union européenne
<b>Trib. corr. :</b>	Jugement d'un tribunal correctionnel
<b>TA :</b>	Jugement d'un tribunal administratif

## Abréviations usuelles

<b>Al. :</b>	Alinéa
<b>Arrêt préc. :</b>	Arrêt précité
<b>Art. cit. :</b>	Article cité
<b>Art. précit. :</b>	Article précité
<b>Chron. :</b>	Chronique
<b>Cf. :</b>	<i>Confer</i>
<b>Concl. :</b>	Conclusions
<b>Contra :</b>	En sens contraire
<b>Comm. :</b>	Commentaire
<b>Ed. :</b>	Edition
<b>Ex. :</b>	Exemple
<b>Fasc. :</b>	Fascicule
<b>Juris. :</b>	Jurisprudence
<b>Ibid. :</b>	Au même endroit

<b><i>In</i> :</b>	Dans
<b><i>Ibidem</i> :</b>	Au même endroit
<b>Legisl. :</b>	Législation
<b>Obs. :</b>	Observations
<b><i>Op. cit.</i> :</b>	<i>Opere citato</i> - dans l'ouvrage précité
<b>Somm. :</b>	Sommaire





# Sommaire

<b>LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .....</b>	<b>V</b>
<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>IX</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
<b>PARTIE 1 – LE DROIT PENAL ASSUJETTI AUX MŒURS.....</b>	<b>27</b>
<b>Titre 1 – L’emprise tangible des mœurs sur le droit pénal .....</b>	<b>29</b>
Chapitre 1 – Le constat d’un affranchissement historique .....	31
Chapitre 2 – Le constat d’une influence contemporaine .....	97
<b>Titre 2 – L’emprise perverse des mœurs sur le droit pénal .....</b>	<b>185</b>
Chapitre 1 – Les causes disparates de l’influence .....	187
Chapitre 2 – Les effets toxiques de l’influence.....	241
<b>PARTIE 2 – LE DROIT PENAL LIBERE DES MŒURS .....</b>	<b>305</b>
<b>Titre 1 – Les procédés d’amoralisation.....</b>	<b>307</b>
Chapitre 1 – La rationalisation des incriminations sexuelles .....	309
Chapitre 2 – La rationalisation du régime des infractions sexuelles.....	379
<b>Titre 2 – Les conséquences du processus d’amoralisation .....</b>	<b>447</b>
Chapitre 1 – La reconsidération des protagonistes.....	449
Chapitre 2 – Les frontières de la démonstration .....	503
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>551</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>557</b>
<b>INDEX DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>599</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>617</b>



# Introduction

« [...] je me réveillerai, et les lois et les mœurs auront changé »<sup>1</sup>

**1. Droit et morale<sup>2</sup>, une relation insoluble.** Deux domaines proposent à l'homme des règles de conduite à respecter : le droit et la morale<sup>3</sup>. L'une comme l'autre tend à établir des canons et des normes que les individus se doivent d'honorer. Que le jugement soit moral ou juridique, il n'en reste pas moins un puissant correctif des êtres et des consciences. Cohabitant au sein d'un même espace, ces deux entités entretiennent une relation pour le moins tumultueuse. De la fusion à la disjonction, difficile de connaître avec certitude la nature de leur rapport. Ainsi, trois principaux postulats se dessinent. Le premier relève du *tout-moral*. Il consiste à affirmer que la totalité du droit est le fruit des mœurs<sup>4</sup>. Le droit et la morale formeraient un tout, impossible à démêler. Ces deux noms recouvreraient une même réalité, la morale et le droit se superposeraient tout à fait<sup>5</sup>. Le second chemin conduit à l'inverse sur les traces d'un droit *amoral*. Le droit et la morale seraient deux entités distinctes, impossibles à fondre ni confondre. Tout ce qui est juridiquement permis ne serait pas moral et l'interdit juridique ne reposerait pas sur une sanction de l'immoral. En effet, le mensonge, la jalousie ou la paresse ne sont pas réprimés en tant que tel par le droit, alors que la morale les fustige. Seul

---

<sup>1</sup> A. RIMBAUD, *Une saison en enfer*, Gallimard, 1999.

<sup>2</sup> L'usage des majuscules permet de souligner l'utilisation de ces termes en tant que concepts.

<sup>3</sup> Sur la relation entre droit et mœurs, voir notamment, J. CARBONNIER, *Droit civil*, Tome 1, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 2017, spéc. p. 38 s. ; D. LOCHAK, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique*, CURAPP, 1993 ; D. ALLAND, « Les mœurs sont-elles solubles dans le droit ? », *Droits* 1994, n° 19, p. 3 s. ; R. BOUDON, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 11 s. ; J. COMMAILLE, « Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque », *Droits* 1994, n° 19, p. 63 s. ; A.-G. SLAMA, « Le nouvel ordre juridique "moral" », *Droits* 1994, n° 19, p. 37 s.

<sup>4</sup> Sur la relation entre les mœurs et la morale voir *infra* n° 12.

<sup>5</sup> G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4<sup>ème</sup> édition, 1949 : « il n'y a en réalité entre la règle morale et la règle juridique aucune différence de domaine, de nature et de but ; il ne peut y en avoir, car le droit doit réaliser la justice et l'idée du juste est une idée morale [...] ».

un certain contexte de nature à troubler l'ordre public peut conduire l'interdit moral à la répression juridique. La paresse sera réprimée si elle se transforme en une omission de porter secours<sup>6</sup>. Le mensonge le sera également s'il mène à l'escroquerie<sup>7</sup> ou à la dénonciation calomnieuse<sup>8</sup>. Enfin, la troisième hypothèse se veut plus modérée. Le droit recouperait les règles morales de façon sporadique dans certains domaines seulement. Ainsi, lorsque l'article 671 du Code civil fixe la distance des plantations entre deux fonds distincts, cela ne révèle en aucun cas des préceptes moraux, contrairement à la répression des atteintes à la vie qui se fondent sans nul doute sur des principes issus de la morale<sup>9</sup>. La relation entre ces deux domaines inciterait à la casuistique.

Finalement, la distinction entre le droit et la morale repose essentiellement sur la localisation de leur résonance. Alors que la morale règne en maître intérieur, le droit s'exprime aux yeux de tous. « La morale se vit dans l'intériorité de la conscience ; le droit s'exprime dans des lois publiques et publiées »<sup>10</sup>. Le droit vise le juste, la morale espère le bien. Selon S. de LA TOUANNE : « Le droit et la morale se distinguent donc par leurs sources, par leurs contenus, par leur caractère obligatoire et surtout par leurs finalités. Le droit recherche le maintien de l'ordre social et la justice ; la morale tend à la vertu et à la perfection de l'individu »<sup>11</sup>. Néanmoins, cette distinction est loin d'être irréfutable. La réalité révèle les vestiges d'une fusion. Il arrive que le bien s'impose au juste, que la morale contraigne le droit. P. JEZTAZ affirmait : « sans être ni idéaliste ni sceptique, il faut bien admettre qu'il y a une certaine intégration, variable, de la composante morale dans le processus juridique »<sup>12</sup>.

Cette interférence apparaît également dans un cercle plus concentrique, celui de la relation entre les mœurs sexuelles et le droit<sup>13</sup>. À l'instar de la morale, les mœurs sexuelles véhiculent également une certaine conception du *bien* et du *mal*<sup>14</sup>. Aussi, elles entretiennent cette même ambivalence avec le domaine juridique. Les deux sphères se nouent et se dénouent au rythme du temps, inlassablement. En effet, il arrive que mœurs s'immiscent dans le Juste pour imposer

---

<sup>6</sup> Article 223-6 du Code pénal.

<sup>7</sup> Article 313-1 du Code pénal.

<sup>8</sup> Article 226-10 du Code pénal.

<sup>9</sup> « Tu ne tueras point » est de toute évidence une règle à la fois morale (cinquième des dix commandements) et juridique (Article 221-1 du Code pénal).

<sup>10</sup> N. TENZER, *Philosophie politique*, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 1998, p. 369.

<sup>11</sup> S. DE LA TOUANNE, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières ? », *Dalloz actualité*, 14 avril 2020.

<sup>12</sup> P. JESTAZ, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *Mc Gill Law Journal*, vol. 32, 1987, p. 835 s.

<sup>13</sup> En fonction de la définition donnée à la morale, les mœurs peuvent représenter sa part mobile et relative ou en être synonymes, voir *infra* n° 12 s.

<sup>14</sup> Voir *infra* n° 5 s.

ce qu'elles prétendent savoir du bien. Le droit se voit alors incité à pénétrer les intimités au nom d'un spectre moral.

**2. Annonce de plan.** Loin d'être marginale, l'étude de la relation entre le droit et les mœurs s'avère pleine de promesses. Comprendre où se situe la frontière permet de cerner avec lucidité les manifestations de cette interférence et d'en étudier les effets concrets, souvent néfastes. Dévoiler la connexion entre ces deux domaines nécessite tout d'abord de s'accorder sur leur définition (**Section 1**). Ce n'est qu'à partir d'un vocabulaire partagé que les contours de la démarche scientifique empruntée pourront être abordés (**Section 2**).

## Section 1 – Des définitions des mœurs

**3. Une notion polysémique.** Si la notion de *mœurs* peut être spontanément appréhendée, délimiter avec précision ce qu'elle recouvre est loin d'être évident. Polysémiques, les mœurs sont à la croisée des conceptions, à la jonction des définitions. De son acception familière à son acception juridique, le terme se précise. Après avoir tracé la silhouette des mœurs (§1), il conviendra de s'attarder sur ses frontières avec des termes qui lui sont proches afin de parachever leur définition (§2).

### § 1 – Des mœurs et de leur consistance

**4. Un usage protéiforme.** L'usage du terme *mœurs* ne se limite pas au domaine juridique. Ce vocable relève avant tout du langage courant qui l'évoque à diverses occasions. Son utilisation familière permet de dessiner la première forme des mœurs (**A**). Par la suite, l'étude de son emploi juridique permettra de préciser la notion en affirmant son lien tangible avec la sexualité (**B**).

#### **A. L'acception familière**

**5. La silhouette des mœurs.** Selon le dictionnaire Littré, le terme *mœurs* se dit de la manière de vivre, des usages, coutumes, préjugés, qui varient chez les différents peuples et dans

les différents siècles<sup>15</sup>. En ce sens, l'Académie française définit les mœurs comme les « habitudes dans tout ce qui regarde la conduite de la vie, considérées sous l'angle du bien et du mal, de la morale, de la bienséance »<sup>16</sup>. Ne sont mœurs que les habitudes partagées par un groupe d'individus<sup>17</sup>. S'ajoute à cette exigence de communion, la notion de *bien* ou de *mal*. En cela, les mœurs empruntent à la morale<sup>18</sup>. En effet, toujours selon l'Académie française, « avoir de mauvaises mœurs », c'est « offenser, par sa conduite, la morale admise »<sup>19</sup>. Enfin, la notion implique une certaine relativité puisque les mœurs véhiculent l'idée de bien et de mal, conçue dans un temps et un espace donné. Les mœurs ont donc vocation à évoluer. Cependant, si les mœurs relèvent de la morale et sont partagées par une pluralité de personnes dans un espace donné, leur silhouette demeure opaque. Bien que tous les critères nécessaires à leur définition soient évoqués, aucun d'eux ne donne immédiatement accès à ce qu'elles recouvrent réellement.

**6. L'origine nébuleuse des mœurs.** Déterminer avec précision la teneur et la consistance des mœurs dépend de la méthode employée. En cela, trois conceptions sont possibles<sup>20</sup>. La première est positiviste et rejoint l'idée d'un *tout-moral*. Les mœurs seraient les habitudes de vies définies par le droit positif. Un individu aux bonnes mœurs serait celui qui respecte les normes juridiques reconnues. En parallèle, une conception idéaliste conduirait à faire des mœurs le substrat d'une éthique transcendantale qui imposerait une certaine notion du bien. Les mœurs se rapprocheraient alors de la morale religieuse. Enfin, une perception sociologique permettrait de définir les mœurs comme étant les habitudes partagées par la majorité de la population. Les bonnes mœurs seraient donc celles qui seraient communes au plus grand nombre.

Concrètement, il semble que la perception des mœurs oscille entre ces trois conceptions. La conception positiviste paraît trop restreinte. Les mœurs dépassent aisément la sphère du droit puisque certains comportements non réprimés par la loi juridique peuvent tout à fait l'être par

---

<sup>15</sup> [www.littre.org](http://www.littre.org), v° mœurs.

<sup>16</sup> [www.academie-francaise.fr](http://www.academie-francaise.fr), v° mœurs.

<sup>17</sup> Le sens étymologique des mœurs repose sur cette notion d'habitude puisque *mores* signifie « habitude de conduite ».

<sup>18</sup> Sur la proximité entre les mœurs et la morale, voir *infra* n° 12 s.

<sup>19</sup> [www.academie-francaise.fr](http://www.academie-francaise.fr), v° mœurs.

<sup>20</sup> B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, PUF, 2005, p. 21. Voir également D. LOCHAK, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique*, *op. cit.* .

la loi morale. Tel est le cas de certaines paraphilies comme la scatophilie<sup>21</sup>. Plus généralement, les mœurs ne tolèrent que très peu le laissé aller<sup>22</sup>, là où le droit ne s'en soucie guère. Certains comportements immoraux sont assurément légaux. À l'inverse, la conception idéaliste est parfois inappropriée car les condamnations d'une morale transcendantale sont plus larges que celles recouvertes par les mœurs. Le divorce, l'adultère ou la chirurgie esthétique pourraient être rejetées par cette morale absolue sans pour autant l'être par les mœurs contemporaines. Face au délitement de la morale judéo-chrétienne certains affirment qu'« il n'y a plus dans nos sociétés contemporaines de bonnes mœurs, il n'y a que des mœurs, appréhendées par le droit à l'aune de son épaisseur anthropologique »<sup>23</sup>. Par ailleurs, la conception sociologique est particulièrement délicate à examiner. L'idée de faire parler le plus grand nombre est périlleuse, notamment lorsque l'on interroge la population sur la sphère de l'intime. Selon J. LEONHARD, le développement des *sex-shops* et de la pornographie a permis de mettre en exergue le gouffre qui sépare l'idée de la normalité et celle de moralité<sup>24</sup>. L'émergence de ces lieux fait apparaître l'importance de certaines sexualités que l'on croyait minoritaires telles que la zoophilie ou le sadomasochisme. La libération des mœurs a révélé différentes formes de sexualité si bien que l'affirmation d'une sexualité partagée par la majorité de la population a pu être remise en question. La majorité s'échappe dès que l'on prétend s'en approcher<sup>25</sup>.

Finalement, les mœurs reposent sur une forme de consensus dont on ne saurait déterminer l'origine. Cette notion est indéniablement polysémique. Il s'agit d'un axiome dont on ressent aisément la présence sans pour autant pouvoir déterminer sa provenance concrète.

**7. Des mœurs aux mœurs sexuelles.** Lorsque nous plongeons au sein de ce terme une évidence surgit : il existe un lien solide entre les mœurs et les mœurs sexuelles. Formeraient-elles un pléonasse ? Le dictionnaire Larousse fait ainsi figurer cette association parmi ses définitions. Il propose de définir les mœurs comme un « ensemble des règles morales codifiées

---

<sup>21</sup> La scatophilie signifie l'attrance pour les excréments. Sur l'évolution des paraphilies voir notamment A. GIAMI, « Des perversions sexuelles aux troubles paraphiliques : comment le consentement s'est imposé comme valeur centrale dans les classifications médicales », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 140 s.

<sup>22</sup> Cela concerne des situations anodines comme une personne qui préfère regarder la télévision sur son canapé alors qu'elle aurait le potentiel pour devenir un virtuose.

<sup>23</sup> G. PIGNARRE, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? "Presque rien ou presque tout ?" », *RDC* 2005, p. 1290 s., spéc. p. 1291.

<sup>24</sup> J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse, Nancy 2, 2011, p. 134.

<sup>25</sup> Cass. crim. 23 juin 1928 et 21 juillet 1928 ; *Droit pénal* 1928, jurispr., p. 161 ; comm. R. SAVATIER : « Les bonnes mœurs sont un terme générique sur le sens duquel on est obligé de reconnaître que tous les français ne s'entendent pas ».



par les lois d'un pays, en particulier sur le plan sexuel » ou des « conduites individuelles, en particulier sur le plan sexuel, considérées par rapport à ces règles »<sup>26</sup>. L'Académie française s'y réfère également lorsqu'elle précise que dans leur acception juridique les bonnes mœurs sont celles qui « sont conformes aux règles de la morale communément reconnue, notamment en matière de sexualité, et aux nécessités de l'ordre public »<sup>27</sup>. Cette évidence est, en effet, flagrante sur le plan juridique, puisque le législateur semble naturellement intégrer la sexualité dans son évocation des mœurs.

## **B. L'acception juridique**

**8. L'apparition des mœurs dans les textes.** Alors que les mœurs parsemaient l'ancien Code pénal<sup>28</sup>, désormais, depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code, le terme n'apparaît qu'une seule fois. Il s'agit de l'article 225-1 du Code pénal qui sanctionne les discriminations, notamment celles fondées sur les mœurs. Le Code de procédure pénale, quant à lui, s'y réfère douze fois<sup>29</sup>. Dans le Code civil, les mœurs ne sont pas beaucoup plus présentes. Quatre articles y font référence<sup>30</sup>. En procédure civile, le Code ne mentionne les mœurs qu'à l'article 131-5<sup>31</sup>. Toutefois, quoi que peu nombreuses, ces apparitions sont éclairantes car elles permettent de révéler le contenu objectivement recouvert par le terme. En effet, il est aisé de constater que dès que les mœurs se manifestent dans le domaine juridique, la sexualité n'est jamais très loin. À ce titre, l'usage familial du terme semble bien plus étendu que son utilisation juridique pour laquelle la sexualité s'avère écrasante<sup>32</sup>.

---

<sup>26</sup> <https://www.larousse.fr>, v° mœurs.

<sup>27</sup> [www.academie-francaise.fr](http://www.academie-francaise.fr), v° mœurs.

<sup>28</sup> Il existe six apparitions au sein de la Section VI : « De l'outrage aux bonnes mœurs commis, notamment, par la voie de la presse et du livre » et de la Section IV relative aux « Attentats aux mœurs ».

<sup>29</sup> Articles 306, 2-6, 807, R. 15-17-1, R. 53-1, R. 57-29, R. 57-30, R. 61-41, R. 61-42, D. 386-1, D. 490 et A. 45 du Code de procédure pénale.

<sup>30</sup> Articles 6, 21-23, 900 et 1387 du Code civil.

<sup>31</sup> « La personne physique qui assure l'exécution de la mesure de médiation doit satisfaire aux conditions suivantes : [...] »

<sup>2°</sup> N'avoir pas été l'auteur de faits contraires à l'honneur, à la probité et aux bonnes mœurs ayant donné lieu à une sanction disciplinaire ou administrative de destitution, radiation, révocation, de retrait d'agrément ou d'autorisation ».

<sup>32</sup> Il était possible de communément admettre que les questions relatives à l'euthanasie ou la consommation de stupéfiants relèvent des mœurs. Si tel est le cas dans le langage courant, le vocabulaire juridique restreint quant à lui les mœurs au domaine sexuel. De même, bien que n'étant pas considéré comme tel par le Code pénal, le terme de *mœurs* peut être utilisé pour témoigner de la concurrence que subit le droit pénal en matière de probité publique. En effet, les règles juridiques sont affaiblies par la « culture des affaires », les « petits arrangements », le « code de l'honneur » qui ne sont rien d'autre qu'un ensemble de mœurs particulières qui entrent en conflit avec le droit. Voir notamment A. BAVITOT, *Les manquements au devoir de probité : étude critique de l'internationalisation du*

**9. Une sexualité à l'évidence omniprésente en droit pénal.** Au sein du droit pénal, la notion de bonnes mœurs ne recouvre que l'ordre sexuel. Cette proximité laisse apparaître l'idée d'un pléonasme entre les mœurs et les mœurs sexuelles. Ainsi, les deux sections de l'ancien Code pénal, « Attentat aux mœurs » et « Outrage aux bonnes mœurs », ne comportaient que des infractions relatives à l'activité sexuelle<sup>33</sup>. De même, les magistrats ont eu l'occasion de rappeler que « l'expression “bonnes mœurs” doit être interprétée comme s'appliquant exclusivement aux dessins, images ou livres (...) de nature à exciter les passions d'ordre sexuel »<sup>34</sup>. Aussi, l'ensemble de la jurisprudence pénale concordait à limiter les mœurs au domaine sexuel<sup>35</sup>. L'idée d'un pléonasme se confirme. Lorsque le terme mœurs est évoqué en droit pénal, l'aspect sexuel s'impose.

Dans le Code de procédure pénale le même constat peut être fait. Aussi, la publicité des débats en cour d'assises peut être restreinte en présence d'un risque pour l'ordre et les mœurs<sup>36</sup>. À en croire la jurisprudence, l'atteinte potentielle concerne essentiellement des faits de viol<sup>37</sup>. Par ailleurs, selon les articles 2-6 et 807 du Code de procédure pénale, les associations se proposant de combattre les discriminations fondées sur le sexe, sur les mœurs, sur l'orientation sexuelle ou sur l'identité de genre peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile sous certaines conditions. Cet article est né de la volonté de réprimer efficacement les faits de harcèlement sexuel<sup>38</sup>. Il s'inscrit donc dans une protection de la liberté sexuelle de chacun. De même, ne peut prétendre au titre d'agent de police judiciaire celui qui a été poursuivi pour atteinte aux

---

*droit pénal*, Thèse, Lyon 3, 2016 ; S. DE LA TOUANNE, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières ? », art. préc.

<sup>33</sup> Voir *infra* n° 67 s.

<sup>34</sup> CA Paris, 7 janvier 1958 ; *D.* 1958, p. 453. En l'espèce, les juges refusent d'appliquer l'article 283 de l'ancien Code pénal à des publications relatives à la violence, la haine, le racisme, l'ivrognerie ou le jeu, sans connotation sexuelle.

<sup>35</sup> Il s'agit d'actes impudiques ou obscènes de nature à heurter la moralité, de « dessins, images ou livres pornographiques ou de nature à exciter les passions **d'ordre sexuel** » (CA Paris, 7 janvier 1958 ; *D.* 1985, p. 453), de livres contenant des « scènes de **débauches** particulièrement sordides de nature à éveiller les instincts les plus malsains des lecteurs » (CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 931). Les juges du fond ont également affirmé que s'il « est impossible de définir avec une précision absolue, l'outrage aux bonnes mœurs, on peut dire cependant que le législateur a entendu, en réprimant ce délit, garantir la pudeur publique, proscrire les **excitations aux passions sexuelles**, à l'esprit de débauche et tout ce qui est obscène, c'est-à-dire contraire à la débauche » (CA Pau, 1 août 1908 ; *Droit pénal* 1909, 2, p. 79). Finalement les bonnes mœurs sont déterminées par rapport au terme « pornographie » : L'expression « contrairement aux bonnes mœurs » doit « être interprétée comme s'appliquant exclusivement aux dessins, images ou livres **pornographiques** ou de nature à exciter les passions d'ordre sexuel », (CA Paris, 7 janvier 1958 ; *D.* 1985, p. 453). Voir également *infra* n° 90 s.

<sup>36</sup> Article 306 du Code de procédure pénale.

<sup>37</sup> Cass. crim. 29 novembre 1984, n° 84-93.024 ; Cass. crim. 7 décembre 1988, n° 88-81.895 ; Cass. crim. 6 décembre 2000, n° 00-82.691 ; *Droit pénal* 2001, comm. 41, obs. MARON.

<sup>38</sup> Loi n° 92-1179 du 2 novembre 1992 relative à l'abus d'autorité en matière sexuelle dans les relations de travail et modifiant le code du travail et le code de procédure pénale, *JO* du 4 novembre 1992.

bonnes mœurs<sup>39</sup>. En absence de précision, il semble que ce terme se réfère directement aux infractions sexuelles.

**10. Une sexualité finalement ubiquiste en droit civil.** Au sein du Code civil, la sexualité ne s'impose qu'au second regard. Si les comportements sexuels sont essentiellement visés par le terme *mœurs* présent à l'article 6 de ce Code, la dignité et la liberté des personnes et la spéculation sont également concernés<sup>40</sup>. Toutefois, hormis la spéculation, lorsque l'on se rapproche des atteintes à la dignité et à la liberté des personnes, la sexualité réapparaît. À titre d'exemple, il a pu être jugé qu'« est manifestement immorale la cause d'un contrat tendant à obtenir qu'une personne, et particulièrement une mineure, pose nue dans un film et s'y soumette à des agissements, en l'occurrence un tatouage sur une partie corporelle que le commentateur annonce au public comme devant être prélevée et vendue à des tiers »<sup>41</sup>. L'atteinte aux bonnes mœurs a également permis d'annuler une convention de « strip-tease » qui prévoyait l'éventualité d'une exécution forcée<sup>42</sup>. Enfin, un testament ayant pour motif de punir la victime rancunière de pratiques incestueuses est également jugé contraire aux bonnes mœurs<sup>43</sup>. Selon S. PORCHY-SIMON, « cette notion renvoie à une morale collective, morale du plus grand nombre, orientée essentiellement vers la sphère sexuelle »<sup>44</sup>. Les principales illustrations relatives à l'exploitation du terme renvoient instantanément à la sexualité. Bien qu'il ne soit pas permis d'affirmer ostensiblement que les mœurs sont *de facto* sexuelles, leur utilisation juridique permet de le penser. Lorsque le terme apparaît dans cette sphère, la sexualité n'est jamais loin. Aussi, pour plus de cohérence, les mœurs seront ici restreintes à leur acception sexuelle.

**11. De la relativité des mœurs sexuelles.** Alors que le domaine sexuel s'impose naturellement, tenter de déterminer avec précision le contenu des mœurs s'avère particulièrement délicat car le propre des bonnes mœurs réside dans leur relativité. La jurisprudence a ainsi très tôt affirmé la variabilité de la notion<sup>45</sup>. À l'image de son emploi

---

<sup>39</sup> Article R. 15-17-1 du Code de procédure pénale.

<sup>40</sup> J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, décembre 2019, n° 9.

<sup>41</sup> TGI Paris, 3 juin 1969 ; *D.* 1970, p. 136, note J. P. ; *RTD civ.* 1970, p. 347, obs. LOUSSOUARN.

<sup>42</sup> TGI Paris, 8 novembre 1973 ; *D.* 1975, p. 401 ; *RTD civ.* 1974, p. 806, obs. LOUSSOUARN.

<sup>43</sup> TGI La Roche-sur-Yon, 2 mai 1995 ; *D.* 1997, p. 13, note VRAY .

<sup>44</sup> S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> édition, 2021, p. 128.

<sup>45</sup> CA Pau, 1 août 1908 ; *Droit pénal* 1909, 2, p. 79 : la cour précise qu'il « est impossible de définir avec une précision absolue » la notion de bonnes mœurs ; Trib. corr. d'Orange, 19 avril 1950 ; *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 35 : « la notion de bonnes mœurs est variable dans le temps et l'espace ».

familier, la « versatilité »<sup>46</sup> des mœurs dans leur acception juridique est en adéquation avec l'adage « *o tempora, o mores* »<sup>47</sup>. Cette conception se retrouve également au sein des dictionnaires juridiques puisque les mœurs sont définies comme un « ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale, reçues en un temps et en un lieu donnés »<sup>48</sup>. Elles seraient donc des préceptes moraux propres à un ensemble d'individus dans un temps et un espace déterminés, voués à évoluer<sup>49</sup>. À titre d'exemple, en France, sous l'effet du temps, l'homosexualité est passée en quelques années d'acte contre-nature à relation digne des liens du mariage<sup>50</sup>. De même, sous l'influence des lieux, la sodomie est un acte banalisé en France alors qu'il est puni d'une peine privative de liberté au Zimbabwe<sup>51</sup>. Il apparaît alors délicat, pour ne pas dire impossible, de faire une énumération exhaustive de ce que sont les mœurs.

Partant, lorsque l'on se réfère aux mœurs, leur aspect sexuel est inmanquablement évoqué. Pour cette raison, le sujet sera limité à l'acception juridique de la notion, qui lie inmanquablement les mœurs à la sexualité<sup>52</sup>. Seulement, cette proximité ne permet pas d'éclairer avec précision leur contenu. Si les mœurs sont essentiellement sexuelles, la mobilité et l'instabilité de la notion sèment le doute quant à sa substance réelle. Dès lors, il est seulement permis d'affirmer que les mœurs sont liées au bien et au mal, qu'elles sont essentiellement d'ordre sexuel et par nature relatives.

## § 2 – Des mœurs et de leurs homologues

**12. Les mœurs et les morales.** Établir le périmètre des mœurs implique de s'interroger sur les notions qui s'en rapprochent afin de poser leurs limites et de tracer leurs contours. Lorsque

---

<sup>46</sup> D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit français à la fin du XXème siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 487 s.

<sup>47</sup> « Autres temps, autres mœurs », CICERON, *Catilinaires*, Les belles lettres, 2012.

<sup>48</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 13<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 132, v<sup>o</sup> Bonnes mœurs. Selon S. GUINCHARD et T. DEBARD, les bonnes mœurs sont « des règles imposées par la morale sociale à une époque donnée » (S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 28<sup>ème</sup> édition, 2020 v<sup>o</sup> Bonnes mœurs).

<sup>49</sup> Sont aujourd'hui licites le courtage matrimonial ou la libéralité consentie à l'occasion d'une relation adultère (Cass. ass. plén. 29 octobre 2004 ; D. 2004, p. 3175, note VIGNEAU)

<sup>50</sup> Voir *infra* n<sup>o</sup> 53.

<sup>51</sup> Article 73 de la *Criminal law* du Zimbabwe : « Any male person who, with the consent of another male person, knowingly performs with that other person anal sexual intercourse, or any act involving physical contact other than anal sexual intercourse that would be regarded by a reasonable person to be an indecent act, shall be guilty of sodomy and liable to a fine up to or exceeding level fourteen or imprisonment for a period not exceeding one year or both ».

<sup>52</sup> Voir *infra* n<sup>o</sup> 48.

l'on s'intéresse à la morale, deux conceptions s'affrontent : l'universalisme moral s'oppose au relativisme moral. Pourtant, en fonction de ces deux théories, la place des mœurs varie. Si l'on conçoit la morale comme étant absolue, alors les mœurs s'y opposent. Elles représentent au contraire la part mouvante des règles de conduite à respecter essentiellement dans le domaine sexuel. À l'inverse, si l'on admet que la morale est relative et qu'elle est le fruit d'une certaine culture, alors les mœurs peuvent être assimilées à l'aspect sexuel de la morale. Ainsi, A. COLIN et H. CAPITANT affirmeront : « l'expression ne peut prêter à aucune incertitude (...) les bonnes mœurs, c'est la morale »<sup>53</sup>.

La définition du dictionnaire Larousse<sup>54</sup> enjoint à considérer la morale comme étant absolue là où les mœurs sont par nature relatives. La morale est ainsi définie comme un « ensemble de règles de conduite, considérées comme bonnes de façon absolue ou découlant d'une certaine conception de la vie ». À l'inverse, comme souligné plus haut, le propre des mœurs est d'évoluer en fonction du temps et de l'espace. « Les mœurs ont leurs périodes, comme les saisons »<sup>55</sup>. Face à cette variabilité, la morale se présenterait, au contraire, comme un ensemble de règles intangibles destinées à traverser les temps et les lieux.

Cependant, l'affirmation d'une morale absolue se confronte rapidement à l'imposant relativisme moral, lequel nie la possibilité de concevoir un seul et même ensemble de valeurs partagées de tous et pour toujours. En ce sens, PROTAGORAS<sup>56</sup> estimait que « l'homme est la mesure de toutes choses »<sup>57</sup>. Révoquant l'idée d'une vérité universelle, il se présente comme l'un des premiers défenseurs du relativisme. Par la suite, la remise en cause de l'universalisme s'est surtout développée en Occident à partir du XIX<sup>ème</sup> siècle. La découverte de cultures différentes a permis de confirmer la maxime de PASCAL qui affirmait dans ses *Pensées* : « vérité en deçà des Pyrénées, erreur au-delà »<sup>58</sup>. De même, rejetant l'idée d'une morale partagée au fondement de la répression, « les sociologues ont démontré que l'interdit universel n'existait pas »<sup>59</sup>.

---

<sup>53</sup> A. COLIN et H. CAPITANT, *Cours de droit civil*, Tome 1, 1923, p. 62 s.

<sup>54</sup> <https://www.larousse.fr>, voir *morale*.

<sup>55</sup> TACITE, *Annales*, Folio, 1993.

<sup>56</sup> Penseur du VI<sup>ème</sup> siècle avant Jésus-Christ considéré comme un sophiste par Platon.

<sup>57</sup> PLATON, *Théétète*, Flammarion, 2004.

<sup>58</sup> B. PASCAL, *Pensée*, LDF, 2000.

<sup>59</sup> G. BEAUSSONIE, « La notion de valeur sociale protégée », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 5 s., spéc. p. 15.

**13. Le choix de se référer à une morale relative.** Au cours de ces travaux, lorsque la morale sera évoquée sans préciser sa nature absolue, il sera fait référence à la morale relative. Les mœurs et la notion de morale sexuelle seront utilisées alternativement sans distinction particulière. En effet, étymologiquement, les mœurs sont issues du latin *mores*<sup>60</sup>, là où la morale repose sur le latin *moralis*. La morale se décompose donc en un radical, *mos*, *moris*, les mœurs, auquel s'ajoute le suffixe *-alis*. Ce suffixe marque la relation d'appartenance, de dépendance. La morale serait donc dans une relation de dépendance avec les mœurs. À l'image de cercles concentriques, les mœurs sexuelles font indéniablement parties de la morale, quand bien même celle-ci serait plus étendue. Faire référence aux mœurs conduit inévitablement à viser la morale. En s'appuyant sur cette correspondance, les termes mœurs et morale seront utilisés indifféremment, convaincu que ces derniers se réfèrent à une même réalité mouvante. Toutefois, le choix de restreindre les mœurs au domaine sexuel ne signifie pas que la morale est par essence limitée à cette sphère particulière. Loin d'être exclusivement sexuelle, la morale recouvre au contraire de nombreux domaines. Cependant, lors de ces travaux, seul l'aspect sexuel de la morale sera étudié.

**14. Les mœurs et l'ordre public.** Par ailleurs, le Code civil enjoint à associer les bonnes mœurs à l'ordre public<sup>61</sup>. S'intéresser aux contours des mœurs nécessite de revenir sur ses liens avec l'ordre public<sup>62</sup> afin de tenter d'en comprendre les ressorts. Malheureusement, définir l'ordre public et déterminer son contenu est loin d'être évident. Nombreuses définitions sont élaborées par la doctrine, à croire qu'aucune d'elles ne soit suffisamment satisfaisante. Selon PH. MALAURIE, l'ordre public est le garant du « bon fonctionnement des institutions indispensables à la collectivité »<sup>63</sup>. Il permet de limiter la sphère individuelle au nom de la

---

<sup>60</sup> À l'origine, les bonnes mœurs, *boni mores*, désignaient un critère employé par Servius Tullius lors des premiers recensements. Il s'agissait de classer les individus en fonction de leur fortune et de leurs mérites. Pour ce faire, les censeurs procédaient à un contrôle de moralité. Voir B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 2 s.

<sup>61</sup> L'article 6 du Code civil dispose qu'« on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

<sup>62</sup> Sur la notion voir J. CHEVALLIER (dir.), *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil. Les obligations*, Tome I, Dalloz, 16<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 275 s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER, Y. LEQUETTE et F. CHENEDE, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, 2018, spéc. p. 558 s. ; G. PIGNARRE, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », art. préc., p. 1290 s. Sur la notion et son versant pénal voir « L'ordre public », étude figurant dans le livre 3 du Rapport annuel de la Cour de cassation de 2013, p. 111 s. ; S. CIMAMONTI, « L'ordre public et le droit pénal », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 89 s. ; PH. CONTE, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Litec-Lexisnexis, 2005, p. 141 s. ; A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal », in CH.-A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Cujas, 2013, p. 287 s.

<sup>63</sup> PH. MALAURIE, *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1953.

protection de la communauté. Il constitue une garantie de sauvegarde des droits à valeur constitutionnelle, si bien que le respect des règles d'ordre public est impérieux. Nul ne saurait y déroger. Il ressort de la jurisprudence du Conseil constitutionnel que l'ordre public recoupe le bon ordre, la sécurité, la salubrité et la tranquillité publique<sup>64</sup>. *A priori*, il s'oppose à la liberté individuelle et permet de consacrer certaines limites intangibles que la volonté humaine ne saurait ignorer<sup>65</sup>.

Aussi, des auteurs affirment que « l'un des points les plus délicats est celui de l'affrontement de l'ordre public et de la morale »<sup>66</sup>. Concernant leur relation, certains estiment que les deux notions seraient interdépendantes. Les bonnes mœurs se situeraient à l'origine de l'ordre public<sup>67</sup>. Elles formeraient une morale coutumière destinée à soutenir la défense de l'ordre public. Ces deux entités auraient pour fonction de « préserver la société de comportements dont on estime qu'ils mettraient en danger le développement de ses membres, leur liberté ou leur moralité »<sup>68</sup>. À ce titre, le Conseil d'État a admis que la moralité publique était une composante de l'ordre public<sup>69</sup>. Cette association conférerait à l'ordre public un aspect intime et subjectif, bien que les conditions posées par la juridiction suprême de l'ordre administratif tendent à rappeler la matérialité de l'ordre public<sup>70</sup>. Ainsi, les bonnes mœurs et l'ordre public pourraient être envisagées comme un tout, destiné à régenter la vie des individus en vue d'une certaine cohésion sociale.

Cependant, il est également possible de concevoir ces deux notions comme distinctes l'une de l'autre. Toutes deux ont certes à voir avec la stabilité de la société et disposent de la même force juridique, mais elles ne sauraient s'assimiler. Cela expliquerait d'ailleurs leur énoncé subséquent au sein de l'article 6 du Code civil. En effet, l'ordre public, contrairement aux bonnes mœurs, rejoint l'ordre matériel et extérieur<sup>71</sup>. Les mœurs, quant à elles, relèvent de l'intime et du personnel. De fait, selon le G. CORNU, les bonnes mœurs seraient un « ensemble de règles imposées par une certaine morale sociale qui, en parallèle avec l'ordre public,

---

<sup>64</sup> Cons. const. 20 janvier 1981, DC n° 80-127, *JO* du 22 janvier 1981 ; Cons. const. 25 janvier 1985, DC n° 85-187, *JO* du 26 janvier 1985.

<sup>65</sup> J. HAUSER et J.-J LEMOULAND, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, préc. cit., n° 40.

<sup>66</sup> S. GUINCHARD et T. DEBARD, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 28<sup>ème</sup> édition, 2020 v° Ordre public.

<sup>67</sup> R. CABRILLAC, *Droit des obligations*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 25; M. PENA, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *RRJ* 1992, p. 499 s. ; F. SENN, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, Tome I, p. 53 s.

<sup>68</sup> J. HAUSER et J.-J LEMOULAND, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, préc. cit., n° 37.

<sup>69</sup> CE 18 décembre 1959, n° 36385 36428, *Société Les Films Lutétia*.

<sup>70</sup> Voir *infra* n° 18.

<sup>71</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12<sup>ème</sup> édition, 1933, p. 549 s.

constitue une norme par référence à laquelle les comportements sont appréciés et dont le contenu, coutumier et évolutif, surtout relatif à la morale sexuelle, au respect de la personne et aux gains immoraux, est principalement déterminé par le juge, oracle des mœurs »<sup>72</sup>. Selon l'auteur, les bonnes mœurs sont donc à mettre « en parallèle » de l'ordre public. À l'image de la morale et du droit, les bonnes mœurs s'intéressent aux désordres internes, alors que l'ordre public tente de remédier aux perturbations extérieures. Toutefois, il arrive que le droit interfère à la fois avec l'ordre public et l'ordre moral. Il est évident qu'à travers la pénalisation de certains comportements, le droit pénal tend également à exprimer des valeurs. *Tu ne tueras point, tu ne voleras point* sont des préceptes moraux. Dans ce cadre, en protégeant l'ordre public, le droit pénal protège, par ricochet, l'ordre moral. Les deux notions se fondent et se confondent alors au sein des infractions. Néanmoins, se pose la question de savoir si le droit, et notamment le droit pénal<sup>73</sup>, peut se contenter de réprimer une atteinte à l'ordre moral, qui ne troublerait point l'ordre public. La morale peut-elle justifier la répression à elle seule ? Peut-on punir pénalement une simple entorse aux mœurs, sans que celle-ci altère l'ordre public ? En effet, ce travail tentera de démontrer que parfois la morale est seule à l'origine de la pénalisation, ignorant toute atteinte à l'ordre public<sup>74</sup>. À ce titre, l'ordre public et l'ordre moral ne se confondent pas, ils se complètent. Cette conception doit donc être favorisée ; l'ordre public est à distinguer des mœurs.

**15. Conclusion de la Section 1.** En définitive, lorsque vient le temps de définir les mœurs, la première certitude qui apparaît réside dans leur contenu par nature mobile et relatif. La versatilité est intrinsèque aux mœurs. Leur substance évolue au fil du temps, se modifie en fonction des lieux. Cependant, parmi ces ondulations, leur utilisation juridique éclaire le sens profond de la notion, se référant essentiellement au domaine sexuel. J. CARBONNIER estimait que les mœurs n'étaient au fond, « que les coutumes des honnêtes gens, spécialement en matière sexuelle, pour un lieu et un temps donné »<sup>75</sup>. Il sera fait le choix de restreindre leur sonorité à la sexualité. Par ailleurs, au-delà du contenu mouvant des mœurs, il apparaît que celles-ci se situent aux confins de nombreuses notions qui s'entrecroisent. Rien ne facilite leur appréhension. Enchaînées à la morale ou à l'ordre public, l'étude des mœurs nécessitait de s'accorder sur la forme de leur silhouette.

---

<sup>72</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, op. cit., v° Bonnes mœurs, p. 132.

<sup>73</sup> Sur le choix de se concentrer sur le droit pénal voir *infra* n° 20 s.

<sup>74</sup> Voir *infra* n° 176 s.

<sup>75</sup> C. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2016, p. 266.



Désormais, il convient d'aborder la démarche adoptée. Si, *a priori*, la protection des bonnes mœurs n'est plus la priorité de la matière pénale qui se concentre, avant tout, sur la protection de l'ordre public, il s'agira de révéler la réalité de l'interaction, l'empreinte de l'influence et la nécessité de s'y attarder.

## **Section 2 – De la démarche adoptée**

**16. Un oxymore pour réalité.** Il est aisé de percevoir l'importance d'étudier la relation qu'entretiennent le droit pénal et les mœurs lorsque l'on réalise que celle-ci repose sur un ressenti contradictoire. D'un côté, les mœurs semblent se retirer de la sphère publique pour ne relever que de l'intime. L'utilisation du terme serait apparemment tombée en désuétude. De l'autre, la virulence avec laquelle la déviance sexuelle est traitée par le droit pénal mérite que l'on en interroge les origines. Les mœurs ont-elles réellement quittées cette branche du droit ? Leur protection n'est-elle que la conséquence d'une atteinte à l'ordre public ? Alors qu'il est permis de croire que la morale a déserté la matière pénale, la réalité s'avère pernicieuse. La libération ne concerne qu'une partie de la sexualité. Un autre pan des comportements sexuels demeure étroitement surveillé par le regard moralisateur, intégré par le droit pénal. Certains interdits sociaux poussent la matière pénale dans ses retranchements, au point d'ignorer l'absence de toute atteinte, l'absence de toute victime.

Partant de ce hiatus, le cadre fixé par ce travail de recherche (§1) permettra d'aborder sereinement la relation entre le droit pénal et les mœurs afin d'en extraire les enjeux et de soulever l'importance de modifier leur interférence (§2).

### **§ 1 – Le constat d'un droit pénal divergent**

**17. La particularité du droit pénal dans son rapport aux mœurs.** Ayant pour ambition l'étude de l'interaction entre les mœurs sexuelles et le droit pénal, délicat d'ignorer le fait que chaque branche juridique n'entretient pas le même lien avec la morale. Aussi, afin de respecter une certaine cohérence, il apparaît essentiel de présenter les limites auxquelles sont astreintes ces recherches. Si les mœurs traversent le droit dans son ensemble, la possibilité d'effectuer

une étude transdisciplinaire est à exclure (A). En effet, le droit public, le droit civil et le droit pénal n'interagissent pas de la même façon avec les mœurs. Aussi, il s'agira de se concentrer sur la relation qu'entretient la matière pénale avec la morale (B).

### A. L'exclusion d'une étude transdisciplinaire

**18. En droit administratif des mœurs présentes mais des effets relatifs.** Tout d'abord, une certaine proximité entre le droit pénal et le droit administratif dans leur rapport aux mœurs peut être observée. Pour autant, impossible de confondre leur ambition respective. Effectivement, la moralité publique apparaît ponctuellement dans la jurisprudence administrative. *A priori*, l'ordre public étant par nature matériel et extérieur, la police administrative n'a pas vocation à s'intéresser à l'ordre moral. Néanmoins, cette affirmation connaît des limites lorsque la protection de l'ordre moral coïncide avec celle de l'ordre public. En effet, la notion de moralité publique a particulièrement attiré l'attention du juriste en 1959 lorsqu'une décision du Conseil d'État, *Société Les Films Lutétia*, a permis d'ériger la moralité publique au rang de quatrième composante de l'ordre public<sup>76</sup>. Étonnante, cette jurisprudence offre la possibilité à une autorité de police administrative générale de prononcer une interdiction fondée sur la morale. Suite à cette décision, la moralité publique prend place à côté de l'originelle trilogie qui composent usuellement l'ordre public : sécurité, tranquillité et salubrité publique<sup>77</sup>. Selon le Conseil d'État, deux conditions sont néanmoins nécessaires pour reconnaître un trouble à l'ordre public dans son acception immatérielle : son caractère immoral et des circonstances locales qui permettent de faire craindre un tel trouble. Cette ultime condition permet d'expliquer l'émergence de la moralité publique, car elle conduit à une appréciation *in concreto*, témoignant de la superposition de l'ordre moral et de l'ordre public<sup>78</sup>. Parce qu'il existe un risque pour l'aspect matériel de l'ordre public, alors l'immoralité peut être encadrée.

L'arrêt *Société Les Films Lutétia* a bouleversé la jurisprudence administrative, faisant trembler la conception initiale de l'ordre public. Cette jurisprudence a suscité de nombreuses

---

<sup>76</sup> CE 18 décembre 1959, n° 36385 36428, *Société Les Films Lutétia*.

<sup>77</sup> En effet, le maire a en charge la préservation de l'ordre public qui repose sur ces trois composantes consacrées par l'article 97 de la loi municipale du 5 avril 1884, actuellement reprise par l'article L. 2212-2 du CGCT.

<sup>78</sup> Ainsi, la projection d'un film est tantôt légale tantôt illégale selon les circonstances locales particulières (CE 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 236 ; CE 4 mai 1962, *Ville de Montpellier*, Rec., p. 299 ; CE 6 novembre 1963, *Ville du Mans et Ville de Nantes*, Rec., p. 834 ; CE 9 mars 1962, *Société nouvelle des établissements Gaumont*, Rec., p. 1121.)

appréhensions car il était craint l'instauration d'un ordre moral dressé par le juge administratif. Toutefois, ces craintes furent progressivement dissoutes puisque les arrêts relatifs à la moralité publique se sont en réalité avérés clairsemés<sup>79</sup>. La libération des mentalités et la possibilité d'engager la responsabilité d'une commune pour faute simple en cas d'interdiction injustifiée<sup>80</sup> a sans doute concouru à limiter l'usage de cette nouvelle composante de l'ordre public. De même, le Conseil d'État s'est fait rigoureux quant à l'appréciation des conditions locales particulières de nature à faire craindre l'existence d'un certain trouble à l'ordre public<sup>81</sup>. La moralité publique est finalement tombée dans l'oubli, laissant place à un nouvel attribut de l'ordre public : la protection de la dignité humaine<sup>82</sup>. La notion de dignité se retrouve également à l'article L. 211-1 du Code du cinéma et de l'image animée qui rappelle que « la représentation cinématographique est subordonnée à l'obtention d'un visa d'exploitation délivré par le ministre chargé de la culture » et que « ce visa peut être refusé ou sa délivrance subordonnée à des conditions pour des motifs tirés de la protection de l'enfance et de la jeunesse ou du respect de la dignité humaine »<sup>83</sup>.

Si la morale n'apparaît plus aussi distinctement, l'évocation de la dignité humaine interroge. S'agit-il réellement d'une nouvelle composante de l'ordre public ou n'est-ce que le nouveau masque de la moralité publique<sup>84</sup> ? S'il faut rester attentif<sup>85</sup>, la crainte d'un retour à l'ordre

---

<sup>79</sup> Le maire peut interdire des dénominations des voies publiques ou privées qui seraient contraires à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (CE 19 juin 1974, n° 88410, *Broutin*), il peut fermer un lieu qui porte atteinte à la moralité publique (CE 30 septembre 1960, *Sieur Jauffret*, Rec., p. 504), il peut prohiber la distribution de documents publicitaires présentant un caractère licencieux ou pornographique (CE 9 octobre 1996, n° 159192, *Commune de Taverny c/ Société Comareg Ile-de-France*), refuser l'installation de deux enseignes publicitaires : « sex-shop » à proximité d'un monument aux morts pour la Résistance (CE 11 mai 1977, n° 01567, *Ville de Lyon*).

<sup>80</sup> CE 25 mars 1966, n° 59426, *Société Les Films Marceau*, Rec., p. 2240.

<sup>81</sup> Voir par exemple CE 8 décembre 1997, n° 01567, *Commune d'Arceuil* ; TA Caen, 20 décembre 1960, *Société des Films Marceau c/ Maire de Lisieux* ; D. 1961, p. 25.

<sup>82</sup> CE ass. 27 octobre 1995, n° 1362727, *Commune de Morsang-sur-Orge* ; RFDA 1995, p. 878 s. ; CE 9 janvier 2014 n° 374508, *Ministre de l'intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume, M. Dieudonné M'Bala M'Bala* ; Dr. adm. n° 5, mai 2014, comm. 33, G. EVEILLARD ; AJCT 2014, p. 157, note G. LE CHATELIER ; AJDA 2014, p. 866, note J. PETIT ; RTDH, n° 98, avril 2014, p. 515, note P. DE FONTBRESSIN ; CE 10 janvier 2014, n° 374528, *Sté Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala* ; Dr. adm., n° 5, mai 2014, comm. 33, G. EVEILLARD ; AJCT 2014, 157, note G. LE CHATELIER ; AJDA 2014, 866, note J. PETIT ; CE 11 janvier 2014, n° 374552, *Sté Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala* ; AJDA 2014, 866, note J. PETIT, B. SEILLER, et 473, C. BROUELLE ; D. 2014, 155, R. PIASTRA, et 200, D. MAUS ; AJCT 2014, 157, obs. G. LE CHATELIER ; RFD adm. 2014, 87, note O. GOHIN et 521, note C. BROUELLE.

<sup>83</sup> À cet égard, la Commission de classification des œuvres cinématographiques, issue de la Commission de contrôle du centre national du cinéma et de l'image animée, est chargée de visionner les films afin de préconiser l'interdiction totale ou des avertissements particuliers sur le contenu d'une œuvre. Elle est consultée par le ministre de la Culture antérieurement à l'octroi d'un visa d'exploitation.

<sup>84</sup> Cette même question se pose en droit pénal, voir *infra* n° 201 s.

<sup>85</sup> À l'image du ruisseau de montagne, « timide à certains moments, disparaissant en cours de route, et suivant un chemin souterrain, mais réapparaissant ensuite, plus volumineux, plus puissant et plus impétueux que jamais » (Z. OPREA, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Thèse, Paris, 1935, p. 327). « Un recentrage de la notion de respect de la dignité de la personne humaine, composante de l'ordre public,

moral imposé par le droit administratif est à relativiser. Selon G. EVEILLARD, « on pourra se rassurer en constatant que l'élargissement de l'ordre public général à des éléments d'ordre moral n'a pas conduit à instituer la moralité dans son intégralité comme une composante d'ordre public, et qu'il n'existe donc pas de raison qu'il en aille différemment après l'affaire *Dieudonné* »<sup>86</sup>. Concernant le cinéma, entre 2013 et 2015, sur 4040 longs et courts métrages, seuls 8 ont été interdits au moins de dix-huit ans<sup>87</sup>. Rien ne tend à manifester un retour de la puissance morale. De même, depuis 2017 l'existence de critères objectifs et automatiques tels que les scènes de sexe non simulées ou de très grande violence de nature à entraîner une interdiction aux moins de dix-huit ans ou un classement « X » ont été supprimés afin de garantir une certaine liberté d'appréciation des œuvres<sup>88</sup>. Aussi, l'influence de la morale sur le droit administratif s'évapore progressivement. Les interventions du juge administratif en la matière sont particulièrement rares.

**19. En droit civil des mœurs présentes mais des effets limités.** Le droit civil, quant à lui, évoque expressément les mœurs pour limiter les conventions particulières<sup>89</sup> et les engagements individuels tels que les libéralités<sup>90</sup> ou les contrats de mariage<sup>91</sup>. Le terme est également utilisé en tant que condition d'obtention d'un certain statut tel que celui de médiateur<sup>92</sup> ou de personne ayant la nationalité française<sup>93</sup>. Le droit civil se réfère directement au domaine moral afin de conditionner certains droits. Les mœurs sont ici limitantes. Pour autant, la vigueur de la morale disparaît progressivement comme l'indique l'alinéa 2 de l'article L. 1102 au sein duquel le

---

dans la dimension matérielle que lui avait donnée la jurisprudence *Morsang-sur-Orge*, paraît de ce point de vue tout à fait nécessaire. C'est pourtant malheureusement dans le mouvement contraire que semble s'inscrire l'ordonnance commentée » (N. PARIS, « Faut-il maintenir la jurisprudence *Dieudonné* ? », *Droit administratif*, mars 2015, comm. 23.)

<sup>86</sup> G. EVEILLARD, « Le Conseil d'État et l'affaire *Dieudonné* », *Droit administratif*, mai 2014, comm. 33. Ainsi, l'ordonnance *Commune de Cournon d'Auvergne* (CE 06 février 2015, n° 387726, *Commune de Cournon d'Auvergne*) témoigne d'un retour à une conception classique en matière de police administrative. Seule une atteinte à un ordre public purement matérielle est susceptible de fonder l'interdiction du spectacle. Toutefois, il convient de rester prudent.

<sup>87</sup> Disponible sur : <https://www.cnc.fr/documents/36995/156431/Rapport+d%E2%80%99activit%C3%A9+de+la+Commission+et+des+comit%C3%A9s+de+classification+des+oeuvres+cin%C3%A9matographiques+du+1er+janvier+2013+au+31+d%C3%A9cembre+2015.pdf/3780cf9a-fe8d-ca11-27fc-0b712c103dd8> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>88</sup> Décret n° 2017-150 du 8 février 2017 relatif au visa d'exploitation cinématographique, *JO* du 9 février 2017. Voir également P. TIFINE, « Police du cinéma et interdiction aux mineurs de moins de 16 ans, Commentaire sous CE 4 février 2004, Association promouvoir, numéro 261804 », *Revue générale du droit*, 2008, n° 1637.

<sup>89</sup> Article 6 du Code civil.

<sup>90</sup> Article 900 du Code civil.

<sup>91</sup> Article 1387 du Code civil.

<sup>92</sup> Article 21-23 du Code civil.

<sup>93</sup> Article 131-5 du Code civil.

terme ne figure plus. À l'image du droit administratif, la notion est présente mais ses effets sont vaporeux. La notion « ne concerne aujourd'hui qu'une sphère d'interdits restreints, tels, par exemple, l'inceste ou la bigamie qui peuvent au demeurant également être appréhendés via la notion d'ordre public »<sup>94</sup>.

Le droit administratif et le droit civil exposent clairement leur relation avec la morale bien que celle-ci s'évapore progressivement. À l'inverse, le droit pénal semble bien plus distant avec la morale. Pourtant, une conception extensive de la matière permet de mettre en lumière les vestiges d'une relation loin d'avoir tout à fait disparue.

## **B. L'intégration d'un droit pénal extensif**

**20. Domaine recouvert par le droit pénal.** L'étendue du droit pénal dépend du sens qui lui est attribué. Selon différentes conceptions, le droit pénal englobe ou rejette la procédure pénale et la sanction prononcée et exécutée. En effet, la vision extensive s'oppose à l'appréhension restrictive de la matière pénale. Selon J.-H. ROBERT le droit pénal se définit comme « l'ensemble des normes juridiques qui réglementent le recours de l'État à la sanction pénale »<sup>95</sup>. En ce sens, J. PRADEL estime qu'il s'agit du « droit de l'infraction et de la réaction sociale qu'il engendre »<sup>96</sup>. La matière pénale engloberait donc la procédure pénale et la sanction dans son ensemble. Cependant, selon R. MERLE et A. VITU, le droit pénal et la procédure pénale sont à dissocier<sup>97</sup> bien que ces deux disciplines constituent un sous ensemble du droit criminel<sup>98</sup>. V. MALABAT analyse, quant à elle, le droit pénal général et le droit pénal spécial comme « deux branches du droit pénal de fond », « par opposition à la procédure pénale ou droit pénal de forme »<sup>99</sup>. Partant, deux tendances apparaissent. Il est possible d'aborder le droit pénal à travers

---

<sup>94</sup> S. PORCHY-SIMON, *Droit des obligations, op. cit.*, p. 128.

<sup>95</sup> J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 53.

<sup>96</sup> J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 18.

<sup>97</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Tomes I et II, Cujas, 1981, p. 9. Dans le même sens, voir PH. CONTE, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, 2016, p. 1 : « le droit pénal spécial constitue la partie analytique du droit criminel : son objet est l'étude des différentes infractions envisagées isolément, de ce qui les singularise les unes par rapport aux autres, dans leurs incriminations comme dans leurs sanctions spécifiques. Partant, le droit pénal spécial se distingue assurément du droit pénal général et de la procédure pénale ».

<sup>98</sup> Le droit criminel serait alors « l'ensemble des règles juridiques de fond et de forme qui organisent la réaction de l'État à l'égard des infractions et des délinquants ». Voir R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 9.

<sup>99</sup> V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 1. En ce sens, voir également F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 3 : selon les auteurs cette discipline inclut « l'ensemble des règles ayant pour objet de déterminer les actes antisociaux, de désigner les personnes pouvant en être déclarées responsables et de fixer les peines qui leur sont applicables ».

une perception restrictive qui exclurait la procédure pénale ainsi que la sanction prononcée et exécutée. En parallèle, une acception extensive est également envisageable. Elle consiste à intégrer au sein du droit pénal ; la procédure pénale, la sanction prononcée et la sanction exécutée. Cette conception ultime sera retenue en l'espèce.

Ce choix s'explique notamment par la volonté d'apprécier l'influence des mœurs sur le droit pénal le plus largement possible. Les effets des mœurs ne sont pas conditionnés aux incriminations. Si le droit pénal spécial semble le premier concerné par cette entreprise, le droit pénal général et la procédure pénale peuvent également interférer avec la morale. Les mœurs se dissimulent partout si bien que la procédure pénale et les sanctions prononcées et exécutées sont loin d'être épargnées. La forme du droit pénal dans son ensemble se déforme sous l'effet de la morale. De même, la réalité d'une peine se conçoit aussi et surtout en fonction de son prononcé et de son exécution<sup>100</sup>. Loin de l'objectivité des textes de loi, la sanction a vocation à s'adapter à l'individu concerné. Elle fait intervenir la face humaine et individualisée de la justice, celle de la jurisprudence. À cet égard, il ne fait aucun doute que les mœurs peuvent influencer sur la répression effective des infractions sexuelles. L'acception extensive du droit pénal permet de s'interroger sur la façon dont la morale parfait les contours de la répression. Les mœurs interfèrent avec la matière dans son ensemble. Impossible de se limiter au droit pénal général et au droit pénal spécial sans risquer d'omettre une large partie des interférences et se priver de certaines clefs de lecture. Cette conception extensive de la matière pénale permet d'aborder plus globalement l'influence de la morale sur le droit pénal. En retenant cette conception élargie, il sera permis d'examiner attentivement les diverses manifestations des mœurs, notamment sur la procédure et les différentes formes de la sanction.

**21. En droit pénal, des mœurs absentes mais des effets effectifs.** À première vue, le droit pénal se fait très discret sur son interaction avec la morale. Le terme *mœurs* a déserté la lettre du texte et n'apparaît qu'à l'article 225-1 du Code pénal qui réprime les discriminations, notamment celles fondées sur les mœurs. Ses manifestations au sein du Code de procédure pénale sont rares. Le paradigme est donc bien différent. De façon générale, la matière pénale ignore le spectre moral. Dans un cas seulement, celui de l'article 225-1 du Code pénal, elle se charge de protéger la liberté individuelle et les choix sexuels. Cependant, cette indifférence qui

---

<sup>100</sup> L'idée d'une peine « morale » qui engloberait les divers stages ne sera pas traitée. En effet, si le terme de mœurs peut s'appliquer dans le langage courant, seule son acception juridique l'enchaînant à la sexualité sera retenue.

se transforme en protection est intéressante car, sur bien des aspects, celle-ci est fallacieuse<sup>101</sup>. Hypocrite, cette froideur laisse présager l'existence de bas fonds à étudier.

Le choix de se concentrer sur l'aspect sexuel des mœurs permettra de conserver une certaine cohérence tout en s'appuyant sur les manifestations les plus virulentes de la morale bien que celles-ci soient parfois invisibles. L'étude des infractions sexuelles, de leurs fondements et du régime qui leur est applicable permettra de mettre en exergue l'influence souterraine des mœurs sur le droit pénal. Effectivement, c'est au sein de ce domaine que s'exprime au mieux la morale, qu'elle se fait le plus visible. La sexualité cristallise les angoisses et matérialise les préceptes de la bien-pensance. « La mobilisation explicite de la morale au service du droit pénal se trouve ainsi circonscrite au domaine de la vie sexuelle »<sup>102</sup>. Ainsi, les effets de cette interférence seront abordés afin d'envisager quels pourraient être les correctifs les plus fiables et les plus efficaces.

## § 2 – Le constat d'un hiatus intrigant

**22. Un mouvement bicéphale.** L'intérêt porté à l'influence des mœurs sur le droit pénal dévoile immédiatement l'existence d'un hiatus. Deux affirmations se heurtent, deux idées se chevauchent. Tout d'abord, la certitude d'une libération sexuelle vient à l'esprit. Depuis les années 1970 et 1980, la sexualité est sortie de son carcan. Elle s'est diversifiée. La liberté individuelle s'est affirmée. À ce titre, bercé par le flot de l'émancipation, le droit pénal semble s'être libéré du spectre de la morale. Plus encore, au-delà de l'indifférence, la matière apparaît parfois comme étant la « promot[rice] de la liberté des mœurs »<sup>103</sup>. Pourtant, une seconde évidence vient se meurtrir contre la première. Les limites que l'on continue de dresser autour de la sexualité ne cessent d'être renforcées. La fermeté avec laquelle sont appréhendés certains comportements sexuels permet d'interroger la place occupée par les mœurs au sein de cette friction. La morale ne se serait-elle que déplacé, continuant insidieusement à animer les esprits et influencer le droit ? Au-delà de l'apparente discrétion des mœurs (**A**), quelle est la réalité de leur influence (**B**) ?

---

<sup>101</sup> Voir *infra* n° 195 s.

<sup>102</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, PU de Saint-Louis, 1981, p. 51.

<sup>103</sup> D. MAYER, « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs », in *Bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 55.

## A. Des mœurs en apparence discrètes

**23. Le constat d'une indifférence conquise.** Lorsque l'on étudie l'empreinte de la morale au sein du Code pénal et du Code de procédure pénale, celle-ci s'avère discrète. Pour autant, durant de longues années, les mœurs figuraient dans le Code pénal en tant que titre de section<sup>104</sup>. Cette position privilégiée tendait à faire de la morale une valeur sociale protégée à part entière<sup>105</sup>. Un comportement pouvait donc être réprimé s'il blessait les bonnes mœurs. La morale et le droit marchaient ensemble jusqu'à ce qu'une délivrance s'opère<sup>106</sup>.

Suite à la révolution sexuelle qui s'est opérée à partir des années 1970, les mœurs ont déserté le Code pénal, de leur essence à leur existence. La matière pénale s'est alors retrouvée dénudée de toute morale. Le périlleux équilibre entre le bien et le mal se faisant difficile à trouver, la norme sexuelle a brusquement disparu des textes juridiques, laissant à la liberté sexuelle<sup>107</sup> la possibilité de s'exprimer. Le droit s'est ainsi révélé indifférent à toute injonction de cet ordre. Il n'était plus de son ressort d'encadrer les variations internes. La matière pénale s'est concentrée sur les troubles à l'ordre public. Certes, ces derniers peuvent atteindre la morale, cependant, il ne s'agissait là que d'une conséquence. La morale ne semblait plus être à l'origine de la pénalisation. Dans un climat propice à la pluralité, l'homosexualité fut dépenalisée au même titre que l'adultère<sup>108</sup>. De même, les termes de la loi se sont objectivés<sup>109</sup>. L'outrage public à la pudeur<sup>110</sup> s'est mû en répression de l'exhibition<sup>111</sup>, l'attentat à la pudeur<sup>112</sup> s'est transformé en atteinte sexuelle<sup>113</sup>. Le droit pénal semblait s'acheminer vers une indifférence morale<sup>114</sup>.

---

<sup>104</sup> Livre III, Titre I, Chapitre IV, Section 4 : « De l'outrage aux bonnes mœurs commis, notamment, par la voie de la presse et du livre » ; Livre III, Titre II, Chapitre I, Section 4 : « Attentats aux mœurs ».

<sup>105</sup> Sur le sujet voir notamment P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, op. cit.

<sup>106</sup> Sur l'évolution historique voir *infra* n° 38 s.

<sup>107</sup> D. BORRILLO, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 38 s. ; N. DEFFAINS, « La liberté sexuelle : Quelle liberté ? Quel régime ? », in N. DEFFAINS et B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 74 s. ; D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 7 s.

<sup>108</sup> Voir *infra* n° 41 s.

<sup>109</sup> Voir *infra* n° 77 s.

<sup>110</sup> Article 330 de l'ancien Code pénal.

<sup>111</sup> Article 222-32 du Code pénal.

<sup>112</sup> Article 331 de l'ancien Code pénal.

<sup>113</sup> Articles 227-25 et suivants du Code pénal.

<sup>114</sup> Voir *infra* n° 80.



Si l'histoire de la matière laisse transparaître une certaine tendance à la fusion entre le droit et la morale, la volonté de neutralité est apparue incontestable. Les vices ne sont désormais plus des crimes. Les traces du bien ou du mal se sont atténuées pour disparaître tout à fait et laisser place au juste et à l'injuste. Le droit et la morale se sont séparés, « particulièrement dans le domaine des actes contraires aux mœurs, [...] en réaction avec la législation des siècles précédents »<sup>115</sup>.

**24. L'apparente protection de la différence.** Le droit pénal ne s'est pas contenté d'ignorer les mœurs plurielles, il s'est également attaché à les protéger. Les mœurs ont alors changé de camp. En quittant la répression, ces dernières sont entrées dans le champ de la protection. Les différences sexuelles ont finalement été protégées par le droit comme en atteste l'article 225-1 du Code pénal relatif à la discrimination. L'immixtion du terme « mœurs » date de la loi du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social<sup>116</sup>. Cet ajout permet de réprimer les différences de traitements fondées sur l'orientation sexuelle des individus. La modification de l'article 225-1 du Code pénal est essentielle car elle émet un signal fort<sup>117</sup>. Le droit ne fait plus reposer la répression sur la morale. Au contraire, il se charge de protéger les choix individuels et la liberté sexuelle. « À mesure que s'est affaibli le poids de la morale traditionnelle, à forte connotation religieuse, la liberté sexuelle s'est progressivement affirmée comme une dimension fondamentale de l'autonomie individuelle et une composante essentielle du droit au respect de la vie privée »<sup>118</sup>. Désormais, le droit ne saurait se fonder exclusivement sur la morale. Son rôle n'est *a priori* pas de normaliser les relations qui troublent les mœurs. Il laisse le soin à d'autres instances normatives telles que la religion, la famille, la société, le soin de moraliser ceux qui la composent. En effet, « le Droit n'est pas le seul à régler, rythmer la vie de la société, à imposer aux hommes en société une certaine unité de conduite. L'individu est enserré dans plusieurs [autres] réseaux de normes »<sup>119</sup>. Il leur revient donc la tâche de moraliser les citoyens, là où le droit se charge de protéger l'ordre public.

---

<sup>115</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 105 s., spéc. p. 110.

<sup>116</sup> Loi du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* du 26 juillet 1985.

<sup>117</sup> Voir *infra* n° 572.

<sup>118</sup> D. BORRILLO et D. LOCHAK, « Introduction », in *La liberté sexuelle*, D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), PUF, 2005, p. 1.

<sup>119</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2008, p. 114.

Si l'occasion est donnée de revenir plus précisément sur l'apparente émancipation du droit pénal<sup>120</sup>, soulignons dès à présent que cette réalité s'avère trompeuse. Les frontières se sont seulement déplacées et la rigidité avec laquelle la sexualité se confronte à la société contemporaine trahit une influence persistante de la morale face à laquelle le droit ne saurait rester immobile.

## **B. Des mœurs à l'évidence influentes**

**25. Une déviance nouvelle.** Un rapide regard lancé sur le monde actuel révèle l'omniprésence du scandale sexuel. Si les raisons ont évolué, si certains comportements sont entrés dans le champ de la banalité<sup>121</sup>, d'autres s'attirent les foudres de l'opinion publique. Lorsque la sexualité rencontre l'argent ou la minorité, les principes juridiques vacillent. La vindicte populaire s'affranchit des carcans formels pour assurer une répression certaine. La sexualité se retrouve enfermée dans de nouvelles griffes, tout aussi virulentes, quoi que bien plus feutrée. La disparition du terme est loin d'avoir conduit à la disparition de la morale, bien au contraire. Jamais le droit n'a tant rejoint le camp des mœurs en matière sexuelle que depuis qu'il a décidé de s'en extraire. En effet, l'immoralité aigüe de certains comportements permet d'ignorer le modeste trouble à l'ordre public<sup>122</sup>. Face aux houles d'indignation, le droit se fait l'écho d'une population dans l'incompréhension et n'hésite pas à multiplier les réponses juridiques. La crainte du risque conduit à l'émergence d'un populisme pénal, défini comme « tout discours qui appelle à punir "au nom" des victimes bafouées et "contre" des institutions disqualifiées »<sup>123</sup>.

Par ailleurs, au-delà de ces associations particulièrement exposées<sup>124</sup>, l'ensemble de la sexualité passionne les débats, enflamme les combats et se retrouve très régulièrement au cœur de la justice. De l'affaire BARBARIN au #metoo, #meetooinceste ou #balancetonporc, de H. WEINSTEIN à R. POLANSKI ou O. DUHAMEL, jusqu'à la lutte pour conserver ou acquérir le droit à l'avortement chez certains de les pays voisins<sup>125</sup>, lorsque le droit se mêle à la sexualité,

---

<sup>120</sup> Sur l'histoire de la pénalisation des mauvaises mœurs voir *infra* n° 42 s.

<sup>121</sup> Il est ici fait référence à des comportements sexuels tels que la sodomie ou l'homosexualité.

<sup>122</sup> En effet, dans certains cas, l'ordre public n'est pas froissé par le comportement déviant. Seul l'est l'ordre moral. Voir *infra* n° 177.

<sup>123</sup> D. SALAS, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Hachette littérature, 2010, p. 14.

<sup>124</sup> Sexualité, argent et sexualité, minorité.

<sup>125</sup> Tel est notamment le cas de la Pologne qui, en raison d'une décision du tribunal constitutionnel en date du 22 octobre 2020, limite encore un peu le recours à l'avortement en interdisant ce dernier lorsqu'il est pratiqué en cas de malformation du fœtus. Seuls sont autorisés les avortements en présence d'un viol, d'un inceste ou d'un

les affaires font grand bruit. Cependant, cette effervescence ne se limite pas aux individus. Elle atteint également les pouvoirs publics et le domaine juridique. En effet, le législateur prend part aux discussions. Il accède régulièrement à ces secousses populaires et tente d’y répondre par de multiples moyens.

**26. Un législateur réactif au scandale.** Nombreuses sont les armes qui traduisent l’importance de ces atteintes. Les incriminations sexuelles se multiplient<sup>126</sup>, leur diversité tend à ne rien laisser au hasard. Des infractions sexuelles sans victime s’immiscent dans le Code pénal<sup>127</sup>. Les textes s’allongent pour n’oublier aucun des protagonistes<sup>128</sup>. De même, le régime propre aux infractions sexuelles se densifie afin de resserrer le maillage. La dangerosité s’impose comme un nouveau paradigme incontournable<sup>129</sup>. Régulièrement, le sort des victimes

---

danger pour la mère. En Irlande, la légalisation de l’avortement n’est entrée en vigueur que le 1er janvier 2019. Elle est limitée aux cas présentant un risque pour la vie ou un grave danger pour la femme enceinte, ou lorsque le fœtus fait état d’une anomalie qui pourrait conduire à sa mort *in utero*. À Malte que l’IVG est totalement interdite. Récemment, aux États-Unis, l’Arkansas a interdit l’avortement même en présence d’un viol ou d’un inceste.

<sup>126</sup> À titre d’exemple, ces dernières années ont vu éclore la pénalisation des clients de la prostitution (Article 611-1 du Code pénal), la pénalisation de l’outrage sexiste (Article 621-1 du Code pénal), la pénalisation du *upskirting* (Article 226-3-1 du Code pénal), la pénalisation des incitations sexuelles (Article 227-22-2), la pénalisation des sextorsions (Article 227-23-1)...

<sup>127</sup> Voir *infra* n° 178 s.

<sup>128</sup> Ainsi, l’infraction relative à la pédopornographie s’étend pour intégrer d’autres comportements. En 1998, la représentation du mineur est ajoutée (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, *JO* du 18 juin 1998), en 2002 la simple détention est réprimée (Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l’autorité parentale, *JO* du 4 mars 2002), en 2006 la loi ajoute la sanction de celui qui « rend disponible » de telles images (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, *JO* du 5 avril 2006), en 2007, la consultation habituelle est prohibée (Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO* du 7 mars 2007) puis celle-ci est complétée en 2013 par la consultation en contrepartie d’un paiement (Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d’adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l’Union Européenne et des engagements internationaux de la France, *JO* du 6 août 2013). Sur le sujet voir *infra* n° 180.

Certains auteurs de la doctrine mentionnent l’existence d’un *corpus* de règles spécifiques à la criminalité sexuelle : N. DEFFAINS, « La liberté sexuelle : Quelle liberté ? Quel régime ? », art. préc. ; X. LAMEYRE, « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d’infractions sexuelles », *RSC* 2002, p. 547 s. ; CH. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC* 2010, p. 725 s. ; L. LETURMY, « La répression de la délinquance sexuelle », in A. GIUDICELLI, J.-P. JEAN et M. MASSE (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009, p. 126 s.

<sup>129</sup> Sur le sujet voir notamment G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011 ; G. NIVEAU, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, L’Harmattan, 2011 ; A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011, p. 21 s. ; J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, 2008, vol. 5, p. 15 s. disponible sur : <http://champpenal.revues.org/6013> (dernière consultation le 31 août 2021) ; P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l’imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 s. ; M. DELMAS-MARTY, « Sécurité et dangerosité », *RFDA* 2011, p. 1096 s. ; J. DOZOIS, M. LALONDE et J. POUPART, « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d’une recherche en cours », *Déviance et Société*, 1981, vol. 5, n° 4, p. 390 s. ; CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC* 2012, p. 274 s. ; V. PELTIER, « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l’expertise en matière de lutte contre le récidive » in *Mélanges en l’hommage du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 563.

d'infractions sexuelles est examiné par les parlementaires, particulièrement concernant les mineurs<sup>130</sup>. Il en est de même de la prescription de l'action publique qui, en la matière, se rapproche irrésistiblement de l'imprescriptibilité<sup>131</sup>. Derrière l'apparente nécessité de répression, les grands principes juridiques savent se faire discrets. « Plus l'angoisse provoquée par un phénomène est grande, moins l'homme semble capable de l'observer correctement, de le penser objectivement et d'élaborer des méthodes adéquates pour le décrire, le comprendre, le contrôler et le prévoir »<sup>132</sup>. Bien que les mœurs se dissimulent et empruntent d'autres masques parmi lesquels la protection de la minorité et celle de la dignité, jamais celles-ci ne sont apparues si clairement derrière la volonté punitive.

**27. Conclusion de la Section 2.** Si les interdits ne sont plus les mêmes, si la sexualité déviante a changé de forme, la virulence avec laquelle elle est appréhendée par le droit pénal sème le doute. Au-delà de l'inévitable protection des victimes et du caractère particulièrement grave de certaines infractions, l'influence des mœurs s'inscrit en creux, engendrant une répression parfois loin de la raison juridique. Les infractions sexuelles ne blessent pas seulement l'ordre public. Elles heurtent également l'ordre moral et parfois même, seulement l'ordre moral. Les mœurs n'ont pas disparu du Code pénal, elles se sont seulement déportées et dissimulées derrière d'autres formes, d'autres combats. Le droit pénal n'admet pas aisément ses relations avec la morale, c'est pourquoi ce travail de recherche se propose d'éclairer l'influence des mœurs sur la matière en vue de dévoiler ses effets et proposer des solutions. Pour ce faire, il convient d'adopter une démarche rigoureuse de nature à questionner la relation qu'entretiennent le droit pénal et les mœurs sexuelles.

**28. Problématique.** Il ressort de ces développements que l'influence des mœurs sexuelles sur le droit pénal est trompeuse. En apparence, elle n'existe pas ou très peu. La morale semble effleurer le droit. *A priori*, elle n'apparaît que par ricochet, à travers la répression de l'ordre

---

<sup>130</sup> Voir notamment M. LE FUR et F. GILARD, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 230 du 27 septembre 2007 visant à assurer l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis sur les mineurs ; A. HOUPERT, Sénat, Proposition de loi n° 719 du 14 septembre 2017 tendant à rendre imprescriptibles les crimes et délits sexuels sur mineurs ; CH. JOLIBOIS, Rapport d'information du Sénat n° 49 du 22 octobre 1997 relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes et à la répression des crimes sexuels commis sur les mineurs ; M. JOISSAINS-MASINE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 200 du 24 septembre 2002 tendant à renforcer la protection des mineurs victimes d'agressions sexuelles ; P. LELLOUCHE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 3679 du 20 mars 2002 tendant à rendre imprescriptibles les infractions sexuelles commises contre les mineurs ; M. MERCIER, Rapport d'information du Sénat n° 289 du 7 février 2019 sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs.

<sup>131</sup> Voir *infra* n° 153 s.

<sup>132</sup> G. DEVEREUX, *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*, Flammarion, 1980, p. 25.

public. Plus encore, la relation paraît s'être renversée car les mœurs ne seraient plus un facteur de répression, mais au contraire, un élément de protection. D'aucuns affirment que le droit pénal serait devenu le « promoteur de la liberté sexuelle »<sup>133</sup>. Pourtant, la sexualité fait l'objet d'un traitement tout particulier par le droit pénal. La vigueur avec laquelle est saisie la déviance interroge. Les mœurs influenceraient-elles insidieusement la matière pénale sous d'autres formes ? La sexualité serait-elle devenue un enjeu de politique pénale au dépens et en dépit de ceux qui la pratiquent et des grands principes juridiques ? Si le terme *mœurs* a pratiquement disparu du Code, ses effets se font toujours ressentir et le législateur n'hésite pas à intervenir au-delà de la raison juridique dès lors que la morale tremble. Cette étude aura pour objet de dévoiler l'influence contemporaine de la morale sexuelle sur le droit pénal en éclairant ses différentes manifestations. Alors, il sera permis de révéler les effets pernicieux de cette interférence en vue de proposer des moyens de rationalisation concrets et efficaces. Alors qu'A. CAMUS affirmait que « la morale est le dernier visage de Dieu qu'il faut détruire avant de reconstruire »<sup>134</sup>, cette thèse n'a pour prétention que de limiter son influence sur le droit pénal. L'objet de ces travaux n'est pas de distinguer hermétiquement deux domaines qui se rejoignent inlassablement<sup>135</sup>, mais seulement de conditionner leur interférence.

**29. Annonce de plan.** La première partie de ce travail sera naturellement destinée à dévoiler l'interférence entre les mœurs sexuelles et le droit pénal avant d'interroger l'opportunité de celle-ci. Il s'agira de s'attarder sur les raisons qui animent l'intégration de la morale au sein du droit pénal afin d'en souligner les dangers (**Partie 1**). La seconde partie aura pour finalité de se projeter dans ce que pourrait être un droit pénal libéré des mœurs. L'objectif n'est évidemment pas d'annihiler toute morale mais seulement de conditionner son influence sur le droit. Ainsi, des outils juridiques seront proposés et exploités pour limiter l'influence des mœurs et se dresser en tant que frontières solides entre les préceptes moraux et les règles juridiques. Dès lors, il sera permis d'aborder les effets de cette *amoralisation* du droit pénal (**Partie 2**).

---

<sup>133</sup> D. MAYER, « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs », art. préc., p. 56 s.

<sup>134</sup> A. CAMUS, *L'homme révolté*, Gallimard, 1951.

<sup>135</sup> Cet objectif rejoindrait sans nul doute les développements de Sade (SADE, *Philosophie dans le boudoir*, Gallimard, 1976).

# Partie 1 – Le droit pénal assujetti aux mœurs

**30. Un affranchissement nécessaire.** La distinction entre le droit et la morale est un prérequis à tout enseignement juridique. La police « ne pourchasse pas les désordres moraux, elle est pour cela radicalement incompétente ; si elle l’essayait, elle verserait immédiatement dans l’inquisition et l’oppression des consciences »<sup>136</sup>. S’il est évident que la société implique le respect d’un certain ordre moral, il apparaît pour autant dangereux d’attribuer au droit pénal ce rôle de moralisation et de normalisation des individus. L’assimilation de l’ordre public et de l’ordre moral comporte des risques inhérents ayant conduit le droit pénal à s’en affranchir. En effet, la matière pénale repose sur le juste et l’injuste et non sur le bien et le mal. S’il peut arriver que la morale soit protégée par le droit pénal, il ne s’agit, *a priori*, que d’une conséquence de la protection de l’ordre public. Une confusion entre le bien et le juste conduirait nécessairement à une relativité de la matière juridique qui affaiblirait sa force et sa légitimité. Aussi, progressivement, le législateur a abandonné son pouvoir moralisateur, se contentant de limiter le droit pénal à la manifestation extérieure des troubles. Il serait donc possible d’affirmer qu’il n’existe, et ne peut exister, une prévalence de l’ordre moral sur l’ordre public.

**31. Un affranchissement discuté.** Face au délitement des institutions capables d’imposer une morale partagée telle que la religion, face à l’émergence d’une pluralité de valeurs et de croyances, il semblerait que le droit, et notamment le droit pénal, renoue avec ses vieux automatismes moraux. Après s’être tant appliqué à se défaire de l’ordre moral pour se concentrer sur l’ordre public, la ligne de partage entre ces deux notions s’assombrit. Le droit pénal redevient le réceptacle de diverses angoisses suscitées par la disparition du bien et du mal. Puisque Dieu est mort<sup>137</sup>, la matière pénale se charge d’indiquer l’ombre et la lumière aux citoyens égarés, non sans enraciner ces concepts dans une certaine morale, loin de toutes considérations juridiques.

**32. Des raisons et des risques.** Les raisons qui expliquent l’interférence entre le droit et les mœurs sont multiples et révèlent les nombreuses facettes du droit pénal, à la fois expressif, préventif et déclaratif. Moraliser les individus, normaliser les sexualités, répondre à l’opinion

---

<sup>136</sup> M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12<sup>ème</sup> édition, 1933, p. 549 s.

<sup>137</sup> F. NIETZSCHE, *Le Gai Savoir*, Livre troisième, Flammarion, 2007 : « Gott ist tot ».

publique dans l'incompréhension et soulager la souffrance des victimes, le supposé pouvoir de la matière pénale appert très puissant. Le législateur n'hésite donc pas à exploiter cette branche du droit dont il perçoit les intérêts. Pour autant, rapidement, les risques émanant de cette utilisation démesurée surgissent. Les libertés fondamentales sont menacées, le principe de légalité chancelle et, pire encore, les victimes n'en sont pas mieux protégées. S'il est aisé de comprendre les raisons qui animent l'immixtion de la morale sexuelle dans le droit pénal, les dangers qu'elle comporte appellent à la prudence.

**33. Annonce de plan.** Tapie dans l'ombre des valeurs sociales, dissimulées derrière certaines infractions particulières ou plus généralement au sein de l'ensemble du régime propre aux infractions sexuelles, l'emprise des mœurs ne fait aucun doute (**Titre 1**). L'intérêt de cette influence prend racine dans différents éléments qui conduiront à s'interroger sur l'opportunité d'une telle emprise et les risques qu'elle comporte (**Titre 2**).

# **Titre 1 – L’emprise tangible des mœurs sur le droit pénal**

**34. Une emprise mobile.** L’interférence entre les mœurs et le droit pénal est loin d’être figée. À l’image de ses composantes, celle-ci évolue en fonction des temps et des lieux. Un rapide regard sur l’histoire permet d’admettre ce mouvement sans trop de difficultés. Au sein de cette relation entre les mœurs et le droit, tout fluctue. Les mœurs se modifient, les horreurs d’hier deviennent les banalités d’aujourd’hui. Parallèlement, le droit lui-même change et intègre de nouveaux comportements. Enfin, la relation entre le droit et la morale évolue également, bercée par une ondulation continue.

**35. Une émancipation réelle mais imparfaite.** L’étude de l’interférence entre le droit et les mœurs conduit inévitablement à revenir sur ce que fut la relation, avant de dévoiler ce qu’elle est. En effet, l’histoire indique une émancipation certaine du droit pénal vis-à-vis de la morale, se matérialisant par divers indices tels que la dépénalisation de certains comportements comme l’homosexualité ou l’adultère ou la disparition du terme lui-même. En effet, au fil des années, la matière pénale a pris une certaine distance avec les préceptes moraux, si bien que l’on ne saurait qu’être convaincu de l’existence d’un affranchissement.

**36. Une influence effective et contemporaine.** Pourtant, si *a priori* il est loisible de féliciter d’avoir su se défaire définitivement de cette morale tenace, il n’en est rien. Au-delà de cet affranchissement réel, un regard insistant sur les infractions sexuelles révèle une résurgence contemporaine de l’influence des mœurs sur le droit pénal. Des incriminations à leur régime, l’emprise de la morale transparait. Les infractions sexuelles sont loin d’être appréhendées sereinement. Au-delà des victimes brisées, la raison juridique laisse régulièrement place à une émotion dévastatrice exaltée par des mœurs blessées qui tendent parfois à s’imposer.



**37. Annonce de plan.** Partant, en dépit d'une émancipation certaine du droit pénal vis-à-vis des mœurs (**Chapitre 1**), l'interférence persiste encore et la matière pénale reste soumise aux variations morales (**Chapitre 2**).

## Chapitre 1 – Le constat d’un affranchissement historique

**38. Un couple uni.** L’histoire enseigne que la relation entre le droit et la morale a longtemps été fusionnelle. L’ordre moral fournissait une vision du bien sur laquelle le droit s’appuyait pour ériger certaines infractions, capables de régler l’intimité et de circonscrire son domaine d’expression. L’existence de bonnes mœurs ne semblait faire aucun doute. Plus encore, leur acception sociale permettait au droit pénal de les saisir pour en faire le fondement apparent de certaines infractions.

**39. Une relation turbulente.** Toutefois, le couple loi et la morale ne survécut pas aux années 1960 et 1970 qualifiées de véritable « révolution », notamment en matière sexuelle. Face à l’émergence d’un pluralisme de valeurs, la libéralisation de la sexualité, ainsi que la remise en question des canons prédéfinis, le droit pénal a été contraint de s’adapter à cette impulsion libéraliste. La matière pénale a été enjointe de s’émanciper pour enfin s’extraire de la morale.

**40. Annonce de plan.** Ainsi, le Code pénal s’est affranchi des mœurs, faisant disparaître les liens visibles qui l’enchaînaient à la morale par la dépénalisation de certaines infractions et la disparition du vocabulaire moral (**Section 1**). En revanche, la libéralisation de la jurisprudence, aussi réelle soit elle, semble moins évidente. En effet, le juge est, aujourd’hui encore, contraint d’appréhender le droit à la lumière des mœurs. L’émancipation de la jurisprudence vis-à-vis de la morale s’avère donc imparfaite (**Section 2**).

### Section 1 – L’émancipation affichée du Code pénal vis-à-vis des mœurs

**41. Quand l’essence précède l’existence**<sup>138</sup>. S’intéresser à l’interférence entre les mœurs et le droit pénal nécessite de partir du constat selon lequel le droit pénal a su s’affranchir de la

---

<sup>138</sup> Il s’agit d’une référence à la célèbre affirmation « l’existence précède l’essence » (J.-P. SARTRE, *L’existentialisme est un humanisme*, Folio, 1996).

morale. Le premier signe de l'émancipation réelle du droit pénal vis-à-vis des mœurs se situe au sein des infractions présentes dans le Code pénal. Alors que la morale servait de fondement à la pénalisation de certains comportements sexuels, ces incriminations ont progressivement disparu. Au fil du temps, la pénalisation de comportements jugés répréhensibles, parce que moralement condamnables, a été abolie. L'essence des mœurs a ainsi quitté le champ pénal.

Plus encore, loin de se limiter à quelques dépénalisations sporadiques, l'émancipation du Code pénal s'est également et remarquablement ressentie par la suppression pure et simple du terme *mœurs* au sein du texte. De façon subite et absolue, toute référence à la morale a visiblement disparu.

Ainsi, l'affranchissement du Code pénal vis-à-vis des mœurs s'est manifesté de deux façons. La progressive disparition de l'essence des mœurs (§ 1) a été suivie d'une subite disparition de l'existence littérale de ces dernières (§ 2).

## **§ 1 – La progressive disparition de l'essence des mœurs**

**42. L'essence des mœurs.** L'histoire du droit pénal révèle certaines incriminations qui tendaient à imposer, par le biais de la contrainte, une sexualité conforme à la normalité d'une époque. Bien que le terme *mœurs* n'apparaisse pas toujours au sein de ces incriminations, son influence ne fait aucun doute. En effet, le recul existant sur l'évolution de l'appréhension de ces comportements permet d'affirmer que leur pénalité était davantage liée à la morale culturelle, qu'à la morale naturelle. Les horreurs d'hier ne sont plus celles d'aujourd'hui. Les pénalisations ont évolué au fil des mentalités. À ce titre, l'homosexualité et l'adultère illustrent parfaitement ce phénomène. La simple lecture de ces articles suffit à ressentir l'emprise des mœurs, leur essence. Enfin, la certitude de cette emprise apparaît à travers l'emplacement de ces infractions. La pénalisation de l'adultère ou de l'homosexualité figuraient toutes deux dans la section intitulée « attentat aux mœurs », ce qui indique clairement l'objet de ces pénalisations, à savoir la protection de la morale.

**43. Une disparition imposée, une disparition impulsée.** L'emprise des mœurs ne saurait être éternelle. Ces dernières comportent une part de relativité qui induit nécessairement un mouvement, un changement des mentalités. De fait, sans étonnement, au fil des années, ces

infractions se sont évanouies car elles ne correspondaient plus aux canons de leur temps. Parfois, le processus de dépénalisation n'a fait que constater une évolution des mœurs qui s'était déjà amorcée par le passé. D'autres fois, le mouvement de dépénalisation a suscité de vastes débats, témoignant de l'emprise persistante de la morale.

Que le droit pénal constate une modification des mœurs, comme tel est le cas de la dépénalisation de l'adultère (A), ou qu'il incite une métamorphose de celles-ci, comme en témoigne la suppression des différences fondées sur l'orientation sexuelle (B), il est permis de remarquer, de façon générale, une disparition progressive de l'essence des mœurs dans le droit pénal.

#### **A. La dépénalisation prévisible de l'adultère**

**44. Le mouvement de l'infraction.** L'adultère offre un exemple éloquent d'infraction qui, à travers son histoire, permet de mettre en exergue l'importance de l'influence des mœurs sur le droit pénal (1). Fondée sur une vision morale de la vie privée, et plus précisément sur une vision phallocrate de la famille, la dépénalisation de l'infraction s'est finalement imposée, absorbée dans un mouvement d'émancipation de la femme et de quête d'égalité des sexes (2).

##### *1. Le fondement moral de l'infraction*

**45. L'expression d'une sexualité féminine.** Durant l'Antiquité, le délit d'adultère s'appuyait sur des coutumes solides et établies considérant que la femme était avant tout la propriété de son époux. Aussi, l'infraction se concentrait autour du sexe féminin puisque l'épouse était la seule à pouvoir commettre un adultère.

En droit romain, l'organisation de la maisonnée faisait du *pater familias* le titulaire du droit de vie ou de mort sur les membres de sa famille. Partant, c'est en toute logique que la répression de l'adultère relevait de sa volonté, puisque les lois de Romulus lui permettaient de répudier sa femme pour cause d'adultère, avant de la tuer ou de la mutiler, à sa guise. L'organisation de la famille fondée sur un déséquilibre évident entre les sexes a ainsi influencé l'appréhension de l'adultère, tout entier dévolu aux mains du mari trompé. Une infraction purement féminine s'est

alors imposée en droit pénal. Elle conservera cet attribut tout au long de son existence, faisant de l'adultère une infraction dite « historiquement discriminatoire »<sup>139</sup>.

**46. L'expression d'une sexualité domestique et procréatrice.** Sous la République<sup>140</sup>, Octave Auguste a tenté de redonner au mariage son entière dignité en publiant la *Lex Julia de adulteriis*, entre 27 et 14 avant Jésus-Christ. Cette loi avait pour objet la création d'un tribunal particulier destiné à juger les femmes infidèles et leurs complices. Il s'agissait du tribunal domestique. Cette infraction était particulièrement inégalitaire, puisque l'épouse était considérée coupable d'adultère dès l'instant où celle-ci entretenait des relations sexuelles extra-conjugales, contrairement au mari qui ne pouvait être poursuivi ou condamné comme l'auteur principal. En effet, l'amant ne pouvait être poursuivi qu'en tant que complice de la femme mariée. Finalement, ce n'est pas tant l'adultère masculin que l'on souhaitait réprimer<sup>141</sup>, mais l'atteinte portée aux intérêts d'un autre homme, le mari bafoué, ajoutée à la crainte du « trouble des sangs » consistant à faire entrer l'enfant d'un autre sang dans la famille<sup>142</sup>. Seule à pouvoir donner naissance à un étranger, la femme demeurait le personnage central du drame adultérin. La sexualité était alors réduite à son rôle domestique et l'épouse concentrait toutes les angoisses de son époque.

De la caractérisation de l'infraction à la procédure, la dichotomie entre les sexes s'est poursuivie. En effet, dès la découverte de l'adultère, l'époux devait automatiquement répudier sa femme pour ne pas être accusé de proxénétisme<sup>143</sup>. Le caractère mixte de l'action permettait au seul mari d'intenter une action durant deux ans à partir de la découverte des faits, puis, passé ce délai, l'action devenait publique pour un délai de quatre mois<sup>144</sup>. Cette absence de choix et le caractère mixte de l'infraction révèlent parfaitement l'emprise morale de l'adultère. Ce comportement ne portait pas seulement atteinte à l'époux dans son individualité, il offensait également la conception morale de la famille et de la sexualité. De fait, par son action, le mari

---

<sup>139</sup> C. MENABE, *La criminalité féminine*, L'Harmattan, 2014, p. 33.

<sup>140</sup> Période qui s'étend de 509 à 44 avant Jésus-Christ.

<sup>141</sup> Le mari infidèle n'était pas puni en tant que tel, seul l'amant pouvait l'être.

<sup>142</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 61.

<sup>143</sup> En revanche, l'épouse trompée ne pouvait en aucun cas poursuivre son mari qui, selon le droit romain, n'avait commis aucune offense. Seul le père de cette dernière était en mesure d'agir si la maîtresse de son gendre était mariée et que son époux se montrait négligeant en n'engageant aucune poursuite. Aucune sanction n'était infligée au mari infidèle. Son épouse ne pouvait espérer qu'obtenir le divorce et récupérer sa dot. L'épouse et son complice, en revanche, pouvaient être condamnés à l'exil, chacun sur une île différente.

<sup>144</sup> Cette loi s'avère être l'une des premières manifestations de la prescription de l'action publique.

était dans l'obligation de protéger cette morale partagée. S'il ne le faisait pas, l'action devenait publique afin de pallier son inaction.

S'appuyant sur une vision domestiquée et procréatrice de la sexualité, l'infraction d'adultère s'intéressait particulièrement, voire exclusivement, aux femmes. L'incrimination se fondait sur des mœurs phalocrates, qui réduisaient la femme à sa relation conjugale et à son objectif reproductif. Finalement, « pendant des siècles, l'histoire de l'adultère pourrait se confondre avec une histoire de la femme vue par le prisme masculin »<sup>145</sup>.

**47. L'affirmation d'une pieuse sexualité.** Sous Constantin<sup>146</sup>, le christianisme a amorcé une moralisation de la vie privée en aggravant les peines prévues. Le droit canonique considérait l'adultère comme une atteinte au sacrement du mariage et, qu'à cet égard, l'Église réprimait l'adultère de l'époux au même titre que celui de l'épouse. Toutefois, l'inégalité juridique persistait, sans doute justifiée par le risque de faire entrer un enfant illégitime dans la famille et par l'image de la femme, à l'origine du péché originel.

Assimilé au parricide, l'adultère était puni de façon exemplaire afin de rappeler le devoir moral de fidélité. La sanction était alors la peine de mort, sans possibilité de dispense. Néanmoins, l'accusation se limitait à l'action du mari, bien que les autres membres de la famille fussent en mesure d'intenter une action à la fin du mariage. Pour autant, le caractère discrétionnaire de ce choix s'avérait limité car, en présence d'un flagrant délit, si l'époux ne répudiait pas sa femme, il était considéré complice de l'infraction<sup>147</sup>.

Cette oscillation entre le caractère privé et public du délit permet de mettre en exergue la difficulté éprouvée lorsqu'il s'agissait de déterminer si l'acte portait atteinte au mari ou à la morale. Toutefois, la nécessaire action du mari pour réprimer l'adultère, au risque d'en devenir le complice, permet d'affirmer que ce n'était pas tant lui que le droit souhaitait protéger, mais les mœurs sexuelles. L'homme et la femme avaient une image sociale à défendre. Du fait de leur union rendue sacrée par l'Église, le couple engageait la respectabilité de l'institution. Dans les faits, le mari avait tout à fait la possibilité de pardonner son épouse, mais le risque de sanction le contraignait à la répudier. Le caractère privé de l'accusation n'était alors d'aucun

---

<sup>145</sup> S. MELCHIOR-BONNET et A. DE TOCQUEVILLE, *Histoire de l'adultère. La tentation extra-conjugale de l'Antiquité à nos jours*, Éditions de la Martinière, 2000, p. 4.

<sup>146</sup> Le règne de Constantin s'étend de 306 à 336 après Jésus-Christ.

<sup>147</sup> Néanmoins, précisons que si l'adultère était commis avec un esclave, l'accusation redevenait alors publique ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 61 s.

secours puisque l'époux ne détenait finalement aucune opportunité ; il se devait, au nom de la morale, de la répudier. La victime n'était donc pas l'homme trahi, mais la morale bafouée. Le crime d'adultère était particulièrement grave car celui-ci portait atteinte à la loi divine. Dieu avait institué ce divin sacrement et nul ne pouvait l'enfreindre sans peine. La morale religieuse apparaît comme étant l'une des principales *victimes* de l'adultère. Le droit pénal était alors chargé d'imposer l'image de la *bonne sexualité*, cloisonnée à la sphère matrimoniale, monogame et hétérosexuelle.

Plus tard, Justinien<sup>148</sup> décidait d'assouplir la répression en créant la peine de l'authentique. La femme adultère était alors fouettée puis enfermée dans un monastère. Le mari avait le pouvoir de l'en retirer durant une période de deux ans, à l'issue de laquelle la femme perdait tout espoir de sortir du couvent où elle se voyait contrainte de demeurer le restant de ses jours. La peine de l'authentique a perduré jusqu'en 1792.

**48. La courte reconnaissance de la vie privée.** Au XVIII<sup>ème</sup> siècle, l'adultère fut décriminalisé. Le rayonnement de la philosophie des Lumières avait engendré un certain libéralisme politique tendant à limiter l'intervention de l'État dans la sphère privée. De fait, le Code pénal de 1791 n'incriminait plus l'adultère, dont la répression semblait surannée. Cependant, ce phénomène fut de courte durée car les Codes napoléoniens revinrent sur cette dépénalisation, optant une nouvelle fois pour la répression d'une infraction féminine.

**49. Le retour de craintes ancestrales.** Le Code pénal de 1810 a en effet réintroduit l'infraction d'adultère et, sans surprise, prévoyait des peines particulièrement inégalitaires. Les hommes infidèles encouraient désormais une amende variant de cent francs à deux mille francs, uniquement lorsqu'ils entretenaient chez eux leur maîtresse<sup>149</sup>. Un tel comportement, lorsqu'il était réalisé par une femme, était passible de trois mois à deux ans d'emprisonnement pour avoir seulement connu une relation sexuelle extra-conjugale<sup>150</sup>. Alors que l'adultère masculin constituait un délit d'habitude, l'adultère féminin se satisfaisait d'un seul écart pour être caractérisé. Par ailleurs, il est intéressant de constater que l'épouse n'encourait pas d'amende pécuniaire afin de ne pas léser le mari trompé, titulaire du patrimoine du couple. Les éléments

---

<sup>148</sup> Le règne de Justinien s'étend de 527 à 565 après Jésus-Christ.

<sup>149</sup> Article 339 de l'ancien Code pénal.

<sup>150</sup> Article 337 de l'ancien Code pénal.

constitutifs de l'infraction, au même titre que les peines encourues, s'appuyaient sur une différenciation pérenne des sexes dont l'histoire de l'infraction révèle les racines profondes.

Par ailleurs, le meurtre commis par l'époux sur son épouse pouvait être justifié si celui-ci était réalisé « à l'instant où il les surprend en flagrant délit dans la maison conjugale »<sup>151</sup>. Dans ce cas, l'homicide s'avérait « excusable »<sup>152</sup>. Preuve d'une virilité magnifiée, l'atteinte à la vie était excusée, de façon étonnante, par l'atteinte aux mœurs. L'emportement irréversible du mari blessé était-il davantage conforme à la morale ? Quoi qu'il en soit, celui de l'épouse ne l'était pas car la réciproque n'était pas prévue par le Code pénal.

Enfin, la place de cette infraction au sein du Code pénal était également éclairante. Les articles relatifs à l'adultère se situaient pour la plupart dans la section relative aux « Attentats aux mœurs ». Le titre de cette section témoigne parfaitement de l'installation de la morale en tant que valeur sociale, reconnue et protégée par le droit pénal<sup>153</sup>. En effet, la position des infractions au sein du Code pénal est toujours particulièrement intéressante car elle témoigne de leur *ratio legis*<sup>154</sup> et des valeurs qu'elle exprime<sup>155</sup>. En l'espèce, le législateur affirmait clairement le fait que ces relations extra-conjugales portaient atteinte aux mœurs en choisissant de les placer au sein de cette section.

L'histoire de l'adultère révèle que jamais l'infraction ne connut d'égalité formelle entre les sexes. « Pendant des siècles, "adultère de l'épouse" est un pléonasme, car l'adultère est de toute façon une faute féminine »<sup>156</sup>. Fondé sur une conception figée du rôle de la femme dans la sphère conjugale, l'adultère ne cessera de créer et recréer une dichotomie entre les sexes, si bien que jamais, avant sa dépénalisation en 1975, l'infraction n'a reconnu d'égalité formelle entre les femmes et les hommes.

---

<sup>151</sup> Article 324 de l'ancien Code pénal.

<sup>152</sup> *Ibidem*.

<sup>153</sup> Voir *infra* n° 65 s.

<sup>154</sup> Voir Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s.

<sup>155</sup> Sur les valeurs sociales protégées voir *infra* n° 187 s. ; sur leur remise en cause voir *infra* n° 380 s.

<sup>156</sup> V. NAGY, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975. La redéfinition contemporaine du mariage comme union égalitaire et privée », *Enfances, Familles, Générations*, 2006, n° 5, p. 1 s., spéc. p. 5.



## 2. La dépenalisation de l'infraction

**50. Un mouvement en faveur de l'égalité des sexes déjà amorcé.** Progressivement, l'efficacité de cette infraction s'est réduite et à partir de 1890, plus une seule femme n'est incarcérée pour adultère. Si le nombre de poursuites restait relativement élevé, c'est uniquement du fait de la loi Naquet du 27 juillet 1884 incitant l'époux trompé à produire un constat d'adultère à l'appui de sa demande en divorce. Le déclenchement de la procédure pénale lui permettait d'obtenir ce constat facilement et à moindre coût<sup>157</sup>.

Toutefois, sous le régime de Vichy, des divergences se font ressentir entre les départements ministériels, porte-paroles de mouvements réclamant davantage de répression, et les services de la Chancellerie<sup>158</sup>. En effet, la guerre avait conduit à une augmentation de la fréquence des cas d'adultère dont se rendaient coupables les femmes de prisonniers de guerre. Le gouvernement semblait y être sensible et une circulaire fut adressée tant aux parquetiers qu'aux juges du siège afin de les enjoindre à limiter les classements sans suite et à ne pas hésiter à mettre en œuvre « des réquisitions énergiques » à l'audience, s'opposant systématiquement au prononcé d'un sursis<sup>159</sup>. En 1942, le taux d'emprisonnement pour adultère s'élevait alors à 15 %, ce qui était particulièrement conséquent. Cette période a néanmoins constitué une parenthèse dans l'Histoire : « elle fut marquée par un renforcement à la fois soudain et éphémère de la répression, qui prit fin au bout de quelques mois, avec la même facilité que celle avec laquelle elle était apparue »<sup>160</sup>. Immédiatement après la Libération, le taux d'emprisonnement s'est effondré.

Durant cette période, les procès se sont faits moins nombreux et l'infraction est tombée en désuétude<sup>161</sup>. L'émancipation des femmes ainsi que le caractère manifestement inégalitaire de l'incrimination avait engendré une forme d'indulgence de la part les tribunaux. De plus, le

---

<sup>157</sup> M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, 2005, p. 72.

<sup>158</sup> Au sein du rapport du rédacteur JEANSELME sur l'adultère des femmes de prisonniers du 28 mars 1942, il est permis de lire : « La guerre estime qu'en présence de la fréquence des cas d'adultère dont se rendent coupables des femmes de prisonniers de guerre, il conviendrait de prévoir une répression plus sévère de ce délit. Inspirer la fidélité par la crainte du gendarme ou du commissaire, voilà en somme ce que désire la guerre, et comme toujours, on demande au droit pénal l'aide de ses sanctions afflictive et infamante : la prison et la publicité de l'audience. Mais le secrétariat d'État de Guerre n'a pas songé que le remède est parfois pire que le mal ; [...]. C'est dangereux ; en effet, nous sommes dans un domaine qui relève plus de la morale que du droit », M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, 2005, p. 77.

<sup>159</sup> M. BONINCHI, *op. cit.*, p. 81.

<sup>160</sup> *Ibid.* p. 102.

<sup>161</sup> J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 7<sup>ème</sup> édition, 2017, p. 345.

X<sup>ème</sup> Congrès international de droit pénal tenu à la Haye a adopté en 1964 une résolution en faveur de la dépenalisation de l'adultère. S'engage alors une évolution des mœurs.

Les années 1960 et 1970, ont en effet amorcé une période que l'on pourrait qualifier de révolution sexuelle. À cette époque, les lois s'enchaînent, soulignant un retrait concret de l'influence des mœurs sur le droit. Le 3 janvier 1972<sup>162</sup>, le droit français met un terme à la discrimination existante entre les enfants nés d'une relation adultérine et ceux issus d'une liaison légitime. Ainsi, la crainte de voir apparaître un enfant illégitime au sein du couple ne nécessite plus l'intervention juridique. De même, l'égalité entre les sexes s'affirme pas à pas. Déjà en 1938, la loi supprime le devoir d'obéissance que la femme mariée devait à son époux<sup>163</sup>. En 1965, la loi du 13 juillet portant sur la réforme des régimes matrimoniaux associe l'épouse à la gestion de la communauté de biens et lui permet d'exercer une activité professionnelle sans le consentement de son mari<sup>164</sup>. La loi du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale remet en cause la puissance paternelle, pour la remplacer par l'autorité parentale exercée conjointement par les deux époux<sup>165</sup>. Toutefois ce n'est qu'en 1975, le 11 juillet<sup>166</sup>, que l'infraction d'adultère disparaît en France.

**51. Un constat de désuétude.** À cet égard, le droit pénal reconnaît en 1975 une évolution des mœurs concernant tant l'institution matrimoniale, que l'égalité homme, femme. Déjà, l'efficacité de l'infraction était remise en question puisque les poursuites s'avéraient très peu nombreuses et les peines d'emprisonnement, rarement, voire jamais, prononcées. De fait, la loi du 11 juillet 1975 s'est contentée de constater une évolution des mœurs déjà amorcée par le passé. En mettant un terme au traitement discriminatoire et arbitraire qui existait à l'égard de l'adultère de l'épouse, le droit pénal s'efface du champ de l'intime.

Cependant, l'adultère a conservé son intérêt en droit civil, en tant qu'objet du divorce pour faute. Ce n'est qu'en 2015 que la Cour de cassation rejette le pourvoi du demandeur en affirmant que « la Cour d'appel, loin de se borner à relever que l'adultère était dépenalisé depuis quarante ans, a retenu à bon droit que l'évolution des mœurs comme celle des conceptions morales ne permettaient plus de considérer que l'imputation d'une infidélité conjugale serait à elle seule

---

<sup>162</sup> Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JO* du 5 janvier 1972.

<sup>163</sup> Ancien article 213 du Code civil.

<sup>164</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JO* du 14 juillet 1965.

<sup>165</sup> Loi n° 70-459 du 4 juin 1970 relative à l'autorité parentale, *JO* du 5 juin 1970.

<sup>166</sup> Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JO* du 12 juillet 1975.

de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération »<sup>167</sup>. Progressivement, l'adultère a perdu du terrain et le droit s'est affranchi des mœurs.

**52. L'éviction de la morale naturelle par les mœurs.** Au XVIII<sup>ème</sup> siècle, P.-F. MUYART DE VOUGLANS écrivait que l'adultère est un crime dont « nous remarquons avec les auteurs qu'il a été puni dans tous les temps et dans toutes les nations »<sup>168</sup>. Au regard de cette affirmation, il était possible de supposer que l'adultère aurait pu relever davantage de la morale absolue que des mœurs, en raison de son universalité et de son intemporalité. Or, la dépénalisation qui s'est amorcée à partir des années 1950, mais également l'existence de réelles divergences entre les États dans le traitement pénal de l'infraction<sup>169</sup>, permet d'affirmer qu'il s'agissait bel et bien d'une infraction érigée sur des mœurs mobiles et non sur une quelconque loi naturelle. Le temps et l'espace ont su faire de l'adultère un crime particulièrement grave, une offense à la loi divine, avant de faire disparaître toute trace de l'incrimination dans le domaine pénal, réduisant même de façon significative sa place en droit civil<sup>170</sup>.

La dépénalisation semblait évidente concernant l'adultère. En l'espèce, le droit n'a fait que constater une modification des mœurs. Toutefois, lorsque celui-ci s'est vu contraint de provoquer la métamorphose de la morale relative, comme tel fut le cas concernant l'appréhension de l'homosexualité, le législateur s'est heurté à de vives résistances.

---

<sup>167</sup> Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 17 décembre 2015, n° 14-29.549.

<sup>168</sup> P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ses matières suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du royaume ; avec un traité particulier des crimes*, L. Cellot, 1757, p. 344.

<sup>169</sup> À titre d'exemple, selon le Code pénal de Madagascar, article 337 : « La femme convaincue d'adultère ou le mari convaincu d'adultère subira la peine d'une amende de 200 000 Ariary à 3 000 000 Ariary ou de l'emprisonnement de trois mois au moins et un an au plus ».

Selon le Code pénal afghan, article 427 : « une personne qui a commis [un acte] d'adultère ou de pédérastie doit être condamnée à une peine de prison longue, entre cinq et quinze années »

Selon le Code pénal iranien, article 225 : « La peine hadd pour zina [adultère] d'un homme et une femme qui remplissent les conditions de ihsan [mariage] est la lapidation à mort ». Selon ce même article, un juge peut modifier la forme de l'exécution d'un condamné « si la possibilité de lapidation n'existe pas », sans autres précisions.

<sup>170</sup> Comme évoqué précédemment, si la loi pose le principe de fidélité dans le mariage, l'adultère n'est plus une cause automatique et systématique de divorce, voir notamment Cass. civ. 1<sup>ère</sup> 17 décembre 2015, n° 14-29.549.

## **B. La dépénalisation controversée de l'homosexualité**

**53. Le mouvement de l'infraction.** L'homosexualité a connu beaucoup d'évolutions dans sa rencontre avec le droit pénal. Revendiquée dans un premier temps en tant que sexualité normale et reconnue<sup>171</sup>, l'histoire de l'incrimination révèle que l'homosexualité a, par la suite, oscillé entre pénalisation affichée et pénalisation dissimulée (1). Pour autant, ignorées ou pénalisées, les relations entre personnes de même sexe ont toujours entretenu un lien fort avec les mœurs de leur époque. Il a fallu attendre les années 1980 pour que la volonté de rendre au domaine privé ce qui lui appartenait soit exprimée, non sans difficulté. Ici, le droit pénal s'est fait précurseur, impulsant une évolution des mentalités et de l'appréhension des mœurs sexuelles (2).

### *1. Le fondement moral de l'infraction*

**54. L'émergence d'une dichotomie entre bonne et mauvaise sexualité.** Alors que l'homosexualité masculine était officiellement reconnue dans la civilisation gréco-romaine, le triomphe du christianisme n'a pas tardé à mettre en place un dispositif répressif aux amours de même sexe. Tout au long du Moyen Âge, le droit punissait les rapports sexuels entre personnes de même sexe de façon particulièrement virulente ; les peines, évoluant au rythme des mœurs, allaient de la confiscation des biens à la mort. Aussi, depuis l'empereur Justinien jusqu'à la Révolution française, dans l'ensemble des pays chrétiens, l'homosexualité représentait un crime particulièrement affreux. L'empreinte religieuse sur le droit engendrait une assimilation de cette sexualité au péché, au crime et à la maladie si bien qu'un dispositif de persécution débuta avec le Conseil ecclésiastique d'Elvira de 309, amorçant une dichotomie officielle entre l'hétérosexualité et l'homosexualité.

**55. L'éclairage relatif du siècle des Lumières.** La fin de la monarchie d'origine divine a constitué le premier pas vers une forme de tolérance à l'égard de l'homosexualité, si bien que la France est le premier pays à dépénaliser le crime de sodomie. La Révolution a en effet opéré ce que l'on pourrait appeler une « laïcisation du droit pénal »<sup>172</sup>. Le premier Code pénal

---

<sup>171</sup> J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 62

<sup>172</sup> J.-P. VAUTHIER, « D'une loi à l'autre. Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », in A. DARSONVILLE et J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PU de Nancy, 2015, p. 25 s., spéc. p. 31.

révolutionnaire de 1791 suivi du Code napoléonien de 1810 ont fait sortir du champ pénal la sexualité « contre-nature ». Inspirée par la philosophie des Lumières, cette avancée correspondait à une laïcisation de l'ordre public et un libéralisme politique tendant à limiter l'intervention de l'État dans la sphère privée lorsqu'il s'agissait d'adultes consentants. Cette volonté se retrouvait dans la pensée d'imminents pénalistes tel que C. BECCARIA pour qui l'homosexualité, bien que moralement condamnable, devait être exempte de sanction pénale<sup>173</sup>.

Toutefois, il est essentiel de préciser qu'en dépit du silence des différents Codes, l'homosexualité n'en était pas moins fortement réprimée en jurisprudence. En effet, les juges du fond n'ont pas hésité à détourner la notion d'excitation de mineur à la débauche<sup>174</sup> pour sanctionner les actes homosexuels entre un adulte et un mineur du même sexe<sup>175</sup>. Ainsi, la Cour d'appel d'Angers, dans un attendu particulièrement éloquent, a déclaré que « si de l'interprétation généralement donnée à l'article 334 du Code pénal (qui punissait l'excitation de mineur à la débauche), il résulte que cet article a surtout pour objet d'atteindre le proxénétisme et non les individus qui ont corrompu la jeunesse dans l'intérêt de leurs propres plaisirs, cependant quand il s'agit de faits qui révoltent la nature, de ces faits auxquels la passion la plus violente ne peut jamais servir d'excuse et qui ont pour effet inévitable de livrer à la dépravation la plus honteuse des jeunes enfants qu'une telle passion a souillé, cette interprétation est évidemment trop restreinte et la loi doit s'appliquer dans son esprit à de pareils actes »<sup>176</sup>. La Cour de cassation a résisté un certain temps à ce courant<sup>177</sup>, jusqu'au retour de l'infraction par une loi de 1942, présentée par la doctrine majoritaire comme la reprise par le législateur des tentatives jurisprudentielles<sup>178</sup>.

**56. La réaffirmation des bonnes mœurs sexuelles.** Le 6 août 1942<sup>179</sup>, le maréchal PETAIN a réintroduit dans le Code pénal une disposition pénalisant l'homosexualité. En effet, la loi du 6 août 1942 modifiant l'article 334 du Code pénal concernant les peines encourues par l'auteur d'incitation à la débauche, de corruption d'un mineur de moins de 21 ans, a inséré le délit d'actes impudiques et contre-nature commis sur un mineur de 21 ans, alors même que la majorité

---

<sup>173</sup> C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, Flammarion, 2006.

<sup>174</sup> J. DANET, « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p. 97 s., spéc. p. 99 s.

<sup>175</sup> Voir *infra* n° 95 s.

<sup>176</sup> Dalloz, 1854, v. p. 54.

<sup>177</sup> Cass. crim. 30 janvier 1937 ; *Gaz. Pal.* 1937, p. 721 ; Cass. crim. 24 juillet 1937 ; *Gaz. Pal.* 1937, p. 762.

<sup>178</sup> É. GARÇON, *Code pénal annoté*, Tome II, Sirey, 1956.

<sup>179</sup> Loi n° 742 du 6 août 1942 modifiant l'art. 334 du Code pénal concernant les peines encourues par l'auteur d'incitation à la débauche, de corruption d'un mineur de moins de 21 ans, *JO* du 27 août 1942.

sexuelle était fixée à treize ans pour les actes hétérosexuels. Cette modification réprimait insidieusement l'homosexualité par une différenciation entre les éléments constitutifs de l'infraction, selon le sexe des protagonistes. À la Libération en 1945<sup>180</sup>, le général de GAULLE a maintenu cette incrimination, la replaçant toutefois dans le chapitre des « attentats aux mœurs »<sup>181</sup>.

Quelques années plus tard, la loi du 30 juin 1960<sup>182</sup>, a regroupé certains comportements tels que l'homosexualité, le proxénétisme, la tuberculose ou l'alcoolisme sous la qualification de « fléaux sociaux ». Cette même année, une ordonnance du 25 novembre a complété la liste des circonstances aggravantes de l'outrage public à la pudeur, en aggravant la peine lorsque l'acte était accompli par des individus de même sexe<sup>183</sup>. Ainsi, le Code pénal tendait à affirmer ce qu'était la *bonne* sexualité en octroyant aux relations homosexuelles un traitement particulier.

En 1968, l'homosexualité n'est plus seulement associée à la délinquance mais rejoint également le rang de maladie. La France adopte la classification de l'OMS de 1965, relative aux maladies mentales, au sein de laquelle figurait l'homosexualité, aux côtés de l'exhibitionnisme ou de la nécrophilie<sup>184</sup>.

**57. À l'aube d'une avancée.** Un premier changement est intervenu en 1974<sup>185</sup> puisque la majorité sexuelle est baissée de 21 ans à 18 ans. Le 23 décembre 1980<sup>186</sup>, le texte de loi supprime l'alinéa 2 de l'article 330 introduit en 1960 qui doublait les peines encourues pour outrage public à la pudeur en présence de rapports sexuels entre personnes de même sexe. Pour autant, malgré plusieurs demandes parlementaires, le second alinéa de l'article 331 du Code pénal qui prévoyait une sanction pénale à l'encontre de la personne qui aurait commis un acte impudique ou contre-nature avec un mineur de dix-huit ans lorsqu'il appartenait au même sexe est maintenu. L'opposition de gauche saisit alors le Conseil constitutionnel considérant qu'il

---

<sup>180</sup> Ordonnance n° 45-190 du 8 février 1945 complète l'art. 331 du code pénal par un al. 3 concernant la corruption des mineurs de moins de 21 ans punie d'un emprisonnement de six mois à trois ans et d'une amende de 200 à 50000frs, *JO* du 8 Août 1945.

<sup>181</sup> Article 331 al. 2 de l'ancien Code pénal.

<sup>182</sup> Loi n° 60-773 du 30 juillet 1960 autorisant le gouvernement à prendre, par application de l'article 38 de la Constitution, les mesures nécessaires pour lutter contre certains fléaux sociaux, *JO* du 2 août 1960.

<sup>183</sup> Article 330 al. 2 de l'ancien Code pénal.

<sup>184</sup> Sur l'évolution des paraphilies voir notamment A. GIAMI, « Des perversions sexuelles aux troubles paraphiliques : comment le consentement s'est imposé comme valeur centrale dans les classifications médicales », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 140 s.

<sup>185</sup> Loi n° 74-631 du 5 juillet 1974 fixant à dix-huit ans l'âge de la majorité, *JO* du 7 juillet 1974.

<sup>186</sup> Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, *JO* du 24 décembre 1980.

s'agissait d'une rupture du principe d'égalité entre les individus. Cependant, le Conseil soutient la majorité parlementaire en estimant que le principe d'égalité devant la loi pénale « ne fait pas obstacle à ce qu'une différenciation soit opérée par la loi pénale entre agissements de nature différente [...] que la loi peut, sans méconnaître le principe d'égalité, distinguer pour la protection des mineurs les actes accomplis entre personnes du même sexe de ceux accomplis entre personnes de sexes différents »<sup>187</sup>.

**58. Un consentement à deux vitesses.** La création d'un double niveau de consentement pour les mineurs en fonction de leur orientation sexuelle ne pouvait se fonder que sur les mœurs d'une société et sa difficulté à admettre un tel choix. Le consentement du mineur doit-il être nié lorsque celui-ci ne choisit pas la *bonne* sexualité ? C'est ce qu'affirmait le droit pénal en considérant que le consentement du mineur entre 13 et 18 ans ne pouvait légitimer une relation homosexuelle, alors même que le consentement aurait été considéré plein et entier si son choix s'était porté vers une relation hétérosexuelle. Il est difficile d'admettre que cette distinction soit fondée sur la raison juridique. En effet, il semble que les mœurs de l'époque aient été les premiers moteurs d'une telle dichotomie. Selon D. LOCHAK, « la norme n'est jamais purement et simplement déduite de la moyenne des phénomènes ou des comportements observés, elle est toujours instituée à partir d'un jugement de valeur porté sur ces phénomènes ou comportements »<sup>188</sup>.

**59. La protection d'une bonne sexualité.** De fait, l'État a poursuivi la stigmatisation de l'homosexualité par la division juridique qu'il avait créée entre homosexualité et hétérosexualité, entre *bonne* et *mauvaise* sexualité. Le droit s'est ainsi vu doté d'une fonction expressive, imposant aux individus une certaine morale promue par le droit pénal<sup>189</sup>. La pénalisation de l'homosexualité correspondait à la pénalisation des mœurs par excellence. Tous les ingrédients s'y trouvaient. Le droit s'est infiltré dans ce que la vie a de plus intime, pour imposer une sexualité conforme à la morale d'une époque. À travers les exceptions liées à l'orientation sexuelle, ce n'est pas seulement l'individu que le droit pénal protégeait, mais également la *bonne* sexualité. La personne devient l'incarnation d'une idée, la victime vivante d'un concept. Il est étonnant de constater que le lien entre l'homosexualité et les mœurs a mis

---

<sup>187</sup> Cons. const. 19 décembre 1980, DC n° 80-125, *JO* du 20 décembre 1980.

<sup>188</sup> D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p. 39 s., spéc. p. 54.

<sup>189</sup> Voir *infra* n° 224 s.

du temps à se dévoiler. Ainsi, É. GARÇON, lorsqu'il s'intéressait aux délits contraires aux bonnes mœurs, écrivait qu'« un nombre d'actes ne laisseront aucun doute : ce sont tous ceux qui présentent un caractère évident d'immoralité : les actes de luxure, les actes sexuels, les pratiques contre-nature, accomplis publiquement »<sup>190</sup>. Loin d'imaginer la relativité du clivage entre bonne et mauvaise sexualité, la pénalisation de l'homosexualité est longtemps apparue comme tributaire du droit naturel, destiné à traverser les siècles, immobile. Or, cette affirmation permet de souligner davantage l'emprise morale et la coloration subjective de cette pénalisation.

Le fondement moral de l'infraction a rendu délicate sa complète dépénalisation : « Si les discussions sont aussi vives, si les résistances sont aussi fortes, c'est qu'on s'aventure ici, comme naguère avec les revendications concernant les droits des femmes, sur un terrain où l'évolution du droit est profondément tributaire de celle des mœurs et des mentalités »<sup>191</sup>. Il a fallu attendre de nombreux et vigoureux débats parlementaires pour que la loi du 4 août 1982 relative à l'abrogation de l'article 331 alinéa 2 du Code pénal<sup>192</sup> supprime les exceptions fondées sur l'orientation sexuelle et les remplace par la pénalisation de l'homophobie.

## 2. La dépénalisation de l'infraction

**60. Raison juridique contre idéologie morale.** Les arguments soulevés lors des débats tendant à la dépénalisation de l'homosexualité sont éclairants et méritent un intérêt tout particulier. Sujette à de vives discussions, l'abrogation de l'article 331 alinéa 2 ne s'est pas faite sans difficultés. Si le contexte semblait favorable à la protection des libertés depuis l'arrivée de la gauche au pouvoir, la suppression de la peine de mort<sup>193</sup> et celle de la Cour de sûreté de l'État<sup>194</sup>, il ne fallut pas moins de trois navettes entre l'Assemblée nationale et le Sénat pour que finalement, en application de l'article 145 alinéa 4 de la Constitution, le gouvernement demande à l'Assemblée nationale de statuer en dernier ressort. La dépénalisation de l'homosexualité ne consistait pas seulement à réclamer des droits pour les personnes ayant des relations avec des individus de même sexe, il s'agissait également de demander au droit de s'émanciper d'une certaine conception de la normalité sexuelle.

---

<sup>190</sup> É. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, p. 173.

<sup>191</sup> D. LOCHAK, « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », art. préc., spéc. p. 43.

<sup>192</sup> Loi n° 82-683 du 4 août 1982 relative à l'abrogation de l'article 331 (al. 2) du Code pénal, *JO* du 5 août 1982.

<sup>193</sup> Loi n° 81-908 du 9 octobre 1981 portant abolition de la peine de mort, *JO* du 10 octobre 1981.

<sup>194</sup> Loi n° 81-737 du 4 août 1981 portant suppression de la cour de sûreté de l'État, *JO* du 5 août 1981.



**61. Les arguments juridiques en faveur d'une dépenalisation.** Les partisans de la dépenalisation de l'homosexualité ont tout d'abord placé leurs arguments sur le terrain juridique, soulignant les failles évidentes de l'incrimination. Dans un premier temps, l'inégalité instaurée par l'article 331 de l'ancien Code pénal fut décriée. En effet, cet article engendrait une catégorie de sous-citoyens qui, du fait de leur sexualité, devaient répondre plus que les autres de leurs actes sexuels. Ce texte tendait à instituer une double majorité. Les personnes de 15 à 18 ans étaient considérées tantôt comme des majeurs, tantôt comme des mineurs ; leur consentement était tantôt nié, tantôt reconnu. La distinction opérée entre la majorité sexuelle des personnes homosexuelles et hétérosexuelles conduisait à laisser toute une partie des mineurs dans une situation hybride, faisant subsister une inégalité difficilement acceptable.

Par ailleurs, l'article 331 du Code pénal portait atteinte au principe de légalité, puisque l'emploi des termes « contre-nature » ne recouvrait aucune sexualité précise. L'interprétation s'avérait entièrement dévolue aux magistrats, contraints de se référer à une sexualité qui leur semblait normale, morale. Cette absence de référent stable induira, quelques années plus tard, lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, un changement radical de terminologie, conduisant à nommer les infractions sexuelles le plus précisément possible comme l'exige le principe de légalité<sup>195</sup>.

Enfin, tout comme d'autres infractions touchant aux mœurs, telles que l'adultère, le nombre de condamnations allait en décroissant. Lors de la deuxième séance du 20 décembre 1981 à l'Assemblée nationale, G. HALIMI, rapporteur, mentionnait 162 condamnations en 1978 alors que dix années auparavant, en 1968, le nombre de condamnations atteignait 419<sup>196</sup>. À en croire la chute du nombre de condamnations, et bien que la question de l'homosexualité fasse encore particulièrement débat au moment de sa dépenalisation, il semble que les mœurs aient déjà commencé leur évolution. Cet élément fut aussi corroboré par une circulaire en date du 27 août 1981<sup>197</sup>, au sein de laquelle le Garde des Sceaux attirait l'attention des parquets sur le fait que le Parlement serait prochainement appelé à se prononcer sur une modification de l'article 331 alinéa 2 du Code pénal et que, de fait, il était opportun de ne plus engager d'action publique, mis à part pour les actes d'une exceptionnelle gravité.

---

<sup>195</sup> Voir *infra* n° 77.

<sup>196</sup> G. HALIMI, Assemblée nationale, Compte rendu de la 2<sup>ème</sup> séance du 20 décembre 1981, relative à l'abrogation du deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal, p. 5369.

<sup>197</sup> *Ibid.* p. 5370.

**62. Les arguments moraux en faveur d'une dépénalisation.** Selon R. BADINTER, Garde des Sceaux de l'époque, la répression de l'homosexualité relevait d'un choix « idéologique », et « le législateur ne [pouvait] apporter de réponse pénale à un problème moral »<sup>198</sup>. Le Garde des Sceaux évoquait une « normalisation » des comportements sexuels. G. HALIMI, rapporteur de la commission des lois, ouvrait la discussion relative à la dépénalisation de l'homosexualité en élargissant le propos à la liberté sexuelle. Elle déclarait que « s'il est un choix individuel par essence et qui doit échapper à toute codification, c'est bien celui de la sexualité »<sup>199</sup>. Outre l'homosexualité, toute intervention du droit pénal dans la sphère privée était remise en question. G. HALIMI affirmait ainsi que « la loi doit intervenir pour sanctionner un préjudice et non traduire un quelconque impératif moral dans notre société civile ». S'est alors engagé un débat au sein duquel se sont affrontés le droit et la morale.

**63. Les arguments symboliques en défaveur de la dépénalisation.** Les adversaires de la dépénalisation ont répondu sur le terrain de la symbolique, estimant que l'homosexualité était un comportement réglé par « une morale naturelle » dont le droit devait être l'expression. Ils n'ont alors pas hésité à déclarer : « vous niez la nature en niant l'existence d'actes contre nature »<sup>200</sup>. Ils justifiaient l'atteinte au principe d'égalité par la protection des mineurs. De façon pragmatique, ces derniers considéraient que l'objectif de prévention exigeait d'éviter que les adolescents soient l'objet d'une influence corruptrice. Ainsi, comme l'exprime très bien P. LASCOUMES, les adversaires de l'homosexualité estimaient qu'il existait un « lien entre les activités perçues comme marginales qui inscriraient progressivement ceux qui s'y livrent dans une spirale déviante et aliénante »<sup>201</sup>. Ce lien de cause à effet justifiait, selon eux, l'ingérence du droit ayant pour objectif de maintenir la cohésion sociale. Au regard des opposants à la dépénalisation, le législateur devait véhiculer la morale majoritaire afin de l'imposer juridiquement aux individus et à leur vie privée.

---

<sup>198</sup> G. HALIMI, Assemblée nationale, Compte rendu de la 2<sup>ème</sup> séance du 20 décembre 1981, préc. cit., p. 5371.

<sup>199</sup> *Ibid.* p. 5367.

<sup>200</sup> *Ibid.* p. 5372.

<sup>201</sup> P. LASCOUMES, « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté. La dépénalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe », in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p. 109 s., spéc. p. 120.

**64. Une impulsion venue d'ailleurs**<sup>202</sup>. Il convient de rappeler que la dépénalisation s'est inscrite dans un contexte national et international favorable. En effet, l'analyse des législations étrangères de l'époque témoigne d'une évolution des mœurs, refusant de condamner les relations sexuelles entre adultes consentants. Celles-ci ont sans doute été impulsées par l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*<sup>203</sup> au sein duquel la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) avait rattaché pour la première fois<sup>204</sup> la liberté sexuelle au respect de la vie privée. La CEDH laissait toutefois aux États signataires de la Convention la possibilité de décider des garanties à exiger pour la protection des mineurs, en particulier la fixation de l'âge du consentement. Selon la Cour, « la législation en cause représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée », car elle se « répercute de manière constante et directe, par sa seule existence, sur la vie privée de celui-ci : ou il la respecte et s'abstient de se livrer - même en privé et avec des hommes consentants - à des actes sexuels prohibés auxquels l'inclinent ses tendances homosexuelles, ou il en accomplit et s'expose à des poursuites pénales »<sup>205</sup>. La CEDH poursuit de la sorte : « l'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut heurter, choquer, ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont consentants »<sup>206</sup>. Cette jurisprudence sera confirmée à maintes reprises par la CEDH<sup>207</sup>.

Enfin, ces diverses failles juridiques et l'impulsion de la CEDH, finiront par aboutir à la dépénalisation de l'homosexualité<sup>208</sup>. À l'inverse de l'adultère, en matière d'homosexualité le

---

<sup>202</sup> Voir notamment, J.-P. MARGUENAUD, « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 25 s., spéc. p. 33.

<sup>203</sup> CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*.

<sup>204</sup> Bien que dans l'arrêt *X c/ Royaume-Uni*, la Cour marque une première étape dans l'évolution de la jurisprudence européenne, puisque la commission déclare recevable la question de la compatibilité de cette législation avec l'article 8 de la Convention, rompant ainsi avec ses décisions antérieures d'irrecevabilité. Toutefois, dans son rapport du 12 octobre 1978 la Commission estime que le fait qu'il y avait eu un « recours à la force » indiquait que la condamnation était justifiée par la nécessité de protéger les « droits et libertés d'autrui » (CEDH 5 novembre 1981, n° 7215/75, *X c/ Royaume-Uni*).

<sup>205</sup> CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 41.

<sup>206</sup> *Ibid.* § 60.

<sup>207</sup> Tel est notamment dans le cas différents arrêts : CEDH 26 octobre 1988, n° 8225/78, *Norris c/ Irlande* ; CEDH 22 avril 1993, n° 15070/89, *Modinos c/ Chypre* ; CEDH 27 septembre 1999, n° 33985/96 et n° 33986/96, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni* ; CEDH 27 septembre 1999, n° 31471/96 et n° 32377/96, *Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni* (« pour mieux justifier des constats de violation de l'article 8, [ces deux derniers arrêts] ont hautement affirmé que les attitudes négatives correspondant aux préjugés d'une majorité hétérosexuelle envers une minorité homosexuelle ne peuvent pas justifier davantage les mesures qui les frappent que ne le feraient des attitudes négatives analogues envers les personnes de race, couleur ou origine différentes », J.-P. MARGUENAUD, « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », art. préc., p. 33).

<sup>208</sup> Loi n° 82-683 du 4 août 1982, abrogation de l'art. 331 (al. 2) du Code pénal, *JO* du 5 août 1982.

droit ne s'est pas contenté de constater une évolution des mœurs sexuelles puisque le sujet fait encore débat au moment de sa dépénalisation. Le droit pénal s'est fait précurseur. Il a impulsé une modification des mœurs, ou peut-être s'en est-il seulement libéré. Quoiqu'il en soit, l'abolition de l'article 331 alinéa 2 du Code pénal a engendré un retrait supplémentaire de l'influence des mœurs sur le droit pénal, une émancipation supplémentaire du droit vis-à-vis de la morale sexuelle.

## § 2 – La subite disparition du terme *mœurs*

**65. Disparition et perplexité.** L'essence des mœurs a progressivement quitté le Code pénal. Incrimination par incrimination, le droit s'est défait de la morale. Ce processus a atteint son apogée en 1994 avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal puisque ce nouveau texte a subitement supprimé toute référence textuelle aux mœurs<sup>209</sup>. Le terme a disparu et cette ablation littérale des mœurs est particulièrement notable au regard de son ancienne assise, titre de deux sections dans l'ancien Code pénal.

**66. La mort d'une valeur sociale protégée.** Chaque incrimination a pour objet de protéger ce que le législateur tient pour une valeur sociale<sup>210</sup>. Ainsi, l'emplacement des incriminations dans le Code pénal est un outil efficace d'identification de ces dernières puisque le titre des chapitres ou des sections donne à voir ce qui a justifié l'intervention du législateur. De fait, la disparition du titre des deux sections relatives aux mœurs a entraîné l'évanouissement des mœurs en tant que valeur socialement protégée, du moins en apparence. Se pose alors la question des motivations d'une telle disparition. S'agit-il d'une volonté de modernisation du langage ou d'une réelle émancipation du droit vis-à-vis de la morale ?

---

<sup>209</sup> Excepté concernant l'infraction de discrimination prévue à l'article 225-1 du Code pénal qui dispose que « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs **mœurs**, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ». Par ailleurs, très récemment, le législateur semble revenir sur ses pas en nommant un paragraphe du Code pénal « de la mise en péril de la santé et de la moralité des mineurs » (paragraphe 1, section 5, Chapitre VII, Titre II, Livre II).

<sup>210</sup> Sur la remise en question des valeurs sociales protégées, voir *infra* n° 380.

Il s'agira donc de s'attarder sur la disparition du terme lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal (A), avant de s'interroger sur les raisons de cette disparition et de constater que l'espoir d'émancipation du droit pénal au regard des mœurs n'est en réalité que très relatif (B).

### **A. Une disparition littérale**

**67. Un évanouissement remarquable.** Dans l'ancien Code pénal, le terme *mœurs* était à la fois le titre d'une section se référant aux crimes et délits contre la paix publique, intitulé « De l'outrage aux bonnes mœurs commis, notamment, par la voie de la presse et du livre »<sup>211</sup>, mais également le titre d'une section relative aux crimes et délits contre les personnes, à savoir « Attentats aux mœurs »<sup>212</sup>. En 1994, ces deux sections ont disparu. En s'attardant sur la section relative à l'outrage aux bonnes mœurs (1), puis sur celle s'intéressant aux « attentats aux mœurs » (2) il est permis de constater l'évanouissement des *mœurs*, tout du moins dans leur forme textuelle.

#### *1. La suppression de l'outrage aux bonnes mœurs*

**68. La notion d'outrage aux bonnes mœurs**<sup>213</sup>. Au sein du titre relatif à la protection de la « chose publique », à l'intérieur du chapitre protégeant la « paix publique », se situait la section VI, « l'outrage aux bonnes mœurs commis, notamment, par la voie de la presse et du livre ». Utilisé en tant que titre de section, le terme *mœurs* réapparaissait à l'article 283 contenu dans cette section de l'ancien Code pénal qui sanctionnait notamment le fait de fabriquer, détenir, importer, exporter, vendre, offrir, distribuer « tous imprimés, tous écrits, dessins, affiches, gravures, peintures, photographies, films ou clichés, matrices ou reproductions phonographiques, emblèmes, tous objets ou images contraires aux bonnes mœurs ». L'article 284 du Code pénal prévoyait, quant à lui, les mêmes peines à l'encontre de « quiconque aura fait entendre publiquement des chants, cris ou discours contraires aux bonnes mœurs ».

---

<sup>211</sup> Livre III, Titre I, Chapitre IV, Section 4.

<sup>212</sup> Livre III, Titre II, Chapitre I, Section 4.

<sup>213</sup> Sur l'histoire de l'infraction voir J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse, Nancy 2, 2011, p. 82 s.

**69. Le domaine recouvert par les mœurs.** Si la présence du terme *mœurs* en tant que titre de section laissait entrevoir l'espoir d'un contenu rigoureusement et scientifiquement développé au sein des articles qu'elle comportait, il n'en est rien. En effet, les articles 283 et 284 de l'ancien Code pénal faisaient référence aux publications ainsi qu'aux chants contraires aux bonnes mœurs, sans pour autant définir ce qu'ils étaient et recouvraient. À ce titre, la jurisprudence a permis de délimiter davantage les contours du terme. Le domaine sexuel apparaît alors au centre de la notion.

En effet, il s'agit d'actes impudiques ou obscènes de nature à heurter la moralité, de « dessins, images ou livres pornographiques ou de nature à exciter les passions d'ordre sexuel »<sup>214</sup>, de livres contenant des « scènes de débauches particulièrement sordides de nature à éveiller les instincts les plus malsains des lecteurs »<sup>215</sup>, dotés de descriptions « qui font appel, par leur caractère offensant pour la pudeur, ou par la recherche systématique d'excitation érotique et malsaine, aux instincts et aux appétits les plus dégradants de l'être humain »<sup>216</sup>. Finalement, l'outrage aux bonnes mœurs consistait à priver « les rites de l'amour de tout leur contexte sentimental, en décrivant seulement les mécanismes psychologiques »<sup>217</sup>, concourant ainsi à « dépraver les mœurs »<sup>218</sup>. Certains procès retentissants tels que celui de G. FLAUBERT pour Madame Bovary<sup>219</sup> ou celui de CH. BAUDELAIRE pour les Fleurs du mal<sup>220</sup> illustrent aisément l'application de cette infraction. S'il apparaît nettement que le domaine sexuel était au centre de cette notion, l'absence de définition laissait au juge une place interprétative de taille. Partant, la séparation entre la *bonne* et la *mauvaise* sexualité est loin d'être explicite. Elle dépend largement de l'interprétation que l'on en fait. La jurisprudence a pris le soin d'affirmer que « la distinction entre ce qui est permis et défendu doit être faite uniquement en fonction de l'état d'évolution

---

<sup>214</sup> CA Paris, 7 janvier 1958 ; *D.* 1958, p. 453.

<sup>215</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, 931.

<sup>216</sup> Trib. corr. Paris, 9 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, 931.

<sup>217</sup> Trib. corr. Paris, 5 octobre 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, 211.

<sup>218</sup> Trib. corr. Paris, 5 octobre 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, 211.

<sup>219</sup> En 1856, Gustave FLAUBERT publie *Madame Bovary*. Cette œuvre raconte la vie de l'épouse d'un médecin de province qui, pour échapper à l'ennui et à la médiocrité de sa vie, noue des relations adultères et vit au dessus de ses moyens. Pour échapper à la honte de l'adultère, l'héroïne se suicidera. Quant à l'écrivain, l'éditeur et l'imprimeur, ils seront poursuivis pour outrage aux bonnes mœurs. Le procès se clôture par une relaxe en janvier 1857.

<sup>220</sup> En 1857, Charles BAUDELAIRE publie son recueil de poèmes, les *Fleurs du mal*. Il est finalement condamné pour outrage public à la pudeur et outrage aux bonnes mœurs et six poèmes sont retirés de son recueil. Toutefois, en 1946 une loi fut spécialement votée pour réhabiliter les *Fleurs du mal* et réviser le jugement de condamnation (Loi n°46-2064 du 25 septembre 1946, ouvrant un recours en révision contre les condamnations prononcées pour outrages aux bonnes mœurs commis par la voie du livre, *JO* du 26 septembre 1946). Les *Fleurs du mal* ont ainsi été réhabilités et le jugement fut révisé presque cent ans plus tard (Cass. crim. 31 mai 1949, *Bull. crim.* n° 203 ; *D.* 1949, p. 348 ; *JCP G* 1949, II, n° 4940 ; *Gaz. Pal.* 1949, 2, p. 121).

des mœurs à une époque définie et dans un lieu déterminé »<sup>221</sup>. La relativité de la notion était reconnue par la jurisprudence et ne pouvait que laisser dubitatif quant aux contenus des messages de nature à outrager effectivement les mœurs.

**70. Le critère de diffusion.** En dépit de ces obscurités, le critère de diffusion était l'élément central de l'infraction. L'objet ne devait pas être intrinsèquement immoral ; en revanche, il devait être objectivement impudique. Ainsi, un rapport sexuel dans la sphère intime ne pouvait heurter les bonnes mœurs qu'à partir du moment où celui-ci était rendu public. Le critère de diffusion était essentiel. La représentation de l'acte immoral ne contrariait pas les bonnes mœurs tant qu'il restait caché. Les articles 283 et 284 de l'ancien Code pénal prohibaient les messages obscènes accessibles et rendus publics. *A contrario*, la Cour d'appel de Besançon, le 9 mai 1972 a considéré qu'« en absence d'exposition en vitrines ouvrant sur l'extérieur d'articles réellement licencieux ou obscènes, la mise en vente, dans un magasin dont l'accès est interdit aux mineurs de 21 ans, de livres, disques, mini-cassette non interdits, de diapositives ou films grivois ou érotiques, d'estampes japonaises, tous articles destinés à une clientèle majeure sachant parfaitement ce qu'elle venait chercher dans le magasin et au surplus articles rangés, pour ceux ayant un caractère pornographique, dans des tiroirs ou derrière des rideaux, cette mise en vente ne peut être considérée comme constitutive du délit d'outrage aux bonnes mœurs »<sup>222</sup>.

**71. Entre atteinte aux mœurs et atteintes à l'ordre public.** La publicité étant un élément constitutif de ces infractions. Par ces prohibitions le législateur ne souhaitait pas corriger des passions secrètes mais simplement limiter leur diffusion. La frontière entre la protection des mœurs et celle de l'ordre public s'affaiblit. En effet, contrairement aux mœurs qui s'intéressent à la sphère de l'intime, l'ordre public ne s'attache pas au désordre privé. Il ne s'immisce pas dans l'intimité mais se contente de garantir la stabilité publique. L'ordre public ne régent pas la vie intime des individus si cette dernière ne cause aucun tort à la société et ses individus. De fait, les infractions d'outrages aux bonnes mœurs chancelaient entre la protection des mœurs d'autrui, spectateur d'actes impudiques et la protection de l'ordre public. De plus, la section relative à l'outrage aux bonnes mœurs, appartenait au titre III du livre I limité aux crimes et

---

<sup>221</sup> CA Besançon, 29 janvier 1976 ; *JCP* 1977, II, 18640, note DELPECH.

<sup>222</sup> CA Besançon, 9 mai 1972 ; *JCP G* 1973, II, 17305, M.-C. FAYARD ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 558, note L. LAMBERT ; *RSC* 1972, p. 883, obs. G. LEVASSEUR ; dans le même sens, CA Besançon, 29 janvier 1976 ; *JCP G* 1977, II, 18640, DELPECH ; CA Reims, 7 octobre 1977 ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. p. 122.

délits commis contre la chose publique. Visant à garantir un minimum de moralité publique, cette section mettait en exergue l'une des facettes de la notion de *mœurs*, circonscrite à son expression publique.

**72. La suppression de l'outrage aux bonnes mœurs.** Lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, le terme de *mœurs* disparaît des textes. Il est à noter que les poursuites avaient diminué puisque les juridictions semblaient de plus en plus réticentes à condamner sur ce fondement<sup>223</sup>. Les dénominations ont alors évolué et les articles 283 et 284 du Code pénal ont laissé ainsi place à de nouvelles incriminations qui, bien qu'évitant l'emploi du terme *mœurs*, en conservent en partie son essence<sup>224</sup>. Il s'agira de se pencher sur la disparition de l'attentat aux mœurs avant d'étudier les raisons de leur suppression commune.

### *2. La suppression de l'attentat aux mœurs*

**73. La notion d'attentats aux mœurs.** Concernant la section IV intitulée « Attentat aux mœurs », elle se situait au chapitre I du titre II, relatif aux « Crimes et délits contre les personnes ». Alors que l'outrage aux bonnes mœurs s'intéressait au domaine public, l'attentat aux mœurs se concentrait sur l'individu. Par ailleurs, contrairement à la section précédemment étudiée, les mœurs n'apparaissent pas textuellement au sein des articles présents dans la section relative aux attentats aux mœurs, à l'exception de l'article 334-2 du Code pénal, relatif à la corruption des mineurs<sup>225</sup>.

Toutefois, au regard des infractions présentes aux articles 330 et suivants de l'ancien Code pénal, les mœurs se concentraient une fois encore autour de la sphère sexuelle. En effet, avant l'abrogation du Code pénal de 1810, les incriminations présentes dans cette section s'attachaient toutes au domaine sexuel, exceptée l'une d'entre elles, relative à la contraction d'un mariage avant la dissolution du précédent.

---

<sup>223</sup> « En 1985, 1986 et 1987, les infractions aux articles 283 et 284 du Code pénal constatées par les services de police et de gendarmerie n'en ont pas moins été au nombre de 2295, 2357 et 2130 selon ces années. Or durant ces trois ans, les mêmes infractions ont donné lieu à 70, 57 et 75 jugements par les tribunaux correctionnels », D. PERIER-DAVILLE, « Les atteintes contre les mœurs dans le futur Code pénal », *Gaz. Pal.* 1992, p. 445 s., spéc. p. 449.

<sup>224</sup> Voir *infra* n° 177 s.

<sup>225</sup> Article 334-2 de l'ancien Code pénal : « Sera puni des peines prévues à l'article précédent quiconque aura habituellement attenté aux mœurs en excitant à la débauche ou en favorisant la corruption des mineurs de dix-huit ans ou même occasionnellement des mineurs de seize ans. [...] ».



Ainsi, l'article 330 sanctionnait l'outrage public à la pudeur. Ce délit consistait en l'exhibition publique des parties intimes ayant pour effet « soit d'éveiller certains désirs chez autrui, soit de provoquer sa répulsion en raison de leur obscénité »<sup>226</sup>. De la même façon que les infractions figurant dans la section outrage aux bonnes mœurs, celle-ci nécessitait une certaine publicité<sup>227</sup>.

Les articles 331 et suivants du Code pénal réprimaient quant à eux les attentats à la pudeur, qu'ils soient aggravés par la qualité de la victime ou par les circonstances de leur commission. À la différence de l'article 332 relatif au viol, l'attentat à la pudeur ne nécessitait pas de pénétration pour être caractérisé.

Les articles 334 et suivants de l'ancien Code pénal concernaient les faits de proxénétisme, d'excitation à la débauche<sup>228</sup> et de détention, gestion, exploitation d'un établissement de prostitution<sup>229</sup>.

Enfin l'article 340 de l'ancien Code pénal s'intéressait au fait de contracter un mariage avant la dissolution du précédent. À cet égard, il différait des précédentes infractions car il ne tendait pas à protéger l'intégrité sexuelle mais, davantage, le mariage en tant qu'institution.

**74. L'absence de référent objectif.** Ces infractions permettent de comprendre en filigrane le champ recouvert par les mœurs, à savoir la sphère intime et sexuelle. Toutefois, le domaine sexuel n'est que très rarement explicite. Les termes employés demeurent obscurs. En dépit du principe de légalité, l'ancien Code pénal laissait une large marge d'appréciation au juge en faisant référence aux « attentats à la pudeur », à l'« outrage à la pudeur », ou encore à la « débauche ». La sémantique sexuelle n'est jamais explicitement employée. Le législateur peine à mettre des mots, il ne nomme pas l'acte avec précision. Comme si le Code pénal pouvait également heurter la pudeur collective, le choix lexical est éloquent par sa retenue.

**75. La protection des personnes.** Par ailleurs, ces infractions, à la différence des premières, ne nécessitaient pas d'affichage particulier, à l'exception de l'outrage public à la pudeur. Elles ne portaient pas atteinte à la société dans sa globalité mais à une victime déterminée et déterminable. De fait, cette section ne se situait pas dans les atteintes à la paix publique, mais

---

<sup>226</sup> CA Limoges, 13 juin 1975 ; *D.* 1976. Somm. 17.

<sup>227</sup> Cass. crim. 6 août 1909, *Bull. crim.* n° 427 ; Cass. crim. 20 décembre 1928, *Bull. crim.* n° 312 ; *Gaz. Pal.* 1929, 2, p. 227.

<sup>228</sup> Article 334-2 de l'ancien Code pénal.

<sup>229</sup> Articles 335 et suivants de l'ancien Code pénal.

dans les crimes et les délits contre les personnes. À la différence des infractions contre la chose publique, le terme *mœurs* est utilisé pour garantir la protection de la sphère intime, particulièrement sexuelle, d'une personne précise. Cette section disparaît également dès l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal.

Ainsi, les atteintes aux mœurs offrent deux acceptions. La première tend à heurter la paix publique, la société en son entier, faisant du critère de diffusion un élément essentiel. La seconde acception, quant à elle, se fonde sur une victime déterminée. Elle se situe davantage dans la sphère de l'intime et à cet égard, le critère de diffusion disparaît<sup>230</sup>. Pour autant, peut-on affirmer que cette disparition témoigne d'une rupture entre le droit et la morale ?

## **B. Une disparition relative**

**76. Un évanouissement discutable.** L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal engendre la disparition totale du terme *mœurs*, excepté concernant l'infraction de discrimination<sup>231</sup>. Cette disparition interroge. S'agit-il d'un retrait de l'influence de la morale sur le droit ou d'une simple modification terminologique ? L'objectif est-il de définir plus précisément les contours des infractions et en particulier ceux du terme même de *mœurs* ? Au regard des travaux parlementaires et de l'ensemble de l'évolution du droit pénal, il semble que cette disparition soit justifiée à la fois par une évolution linguistique (1), mais également par une évolution anthropocentrique (2).

### *1. Une évolution linguistique*

**77. Une précision souhaitée et souhaitable.** Derrière la disparition du terme se dessine tout d'abord une volonté d'évolution linguistique. Le terme s'efface mais les infractions restent. Qu'il s'agisse de l'outrage aux bonnes mœurs ou de l'attentat aux mœurs, « rien ne se perd, rien ne se crée, tout se transforme »<sup>232</sup>. Les mots sont posés et le législateur tente de nommer les actes répréhensibles avec davantage de précision comme l'exige d'ailleurs le principe de légalité. Partant, une sémantique neutre permet d'afficher explicitement un rejet de tout ordre

---

<sup>230</sup> Exception faite de l'article 330 de l'ancien Code pénal, relatif à l'outrage public à la pudeur, qui nécessite un acte de publicité.

<sup>231</sup> Article 225-1 du Code pénal.

<sup>232</sup> Maxime attribuée à A. LAVOISIER (R. TATON, *Histoire générale des sciences*, Tome I, PUF, 1957, p. 217).

moral<sup>233</sup>. Selon X. LAMEYRE : « Le législateur n'a cessé de décrire avec toujours plus de précision les faits constitutifs des infractions aux mœurs sexuelles. Révélant le caractère obsessionnel du droit, dont le langage accorde aux mots une valeur "quasi-magique" »<sup>234</sup>.

**78. La métamorphose de l'outrage aux bonnes mœurs.** V. MALABAT estime à juste titre que les articles 283 et 284 de l'ancien Code pénal, ont été remplacés par trois incriminations dont le contenu semble davantage répondre au principe de légalité<sup>235</sup>.

La première infraction qui succède à l'outrage aux bonnes mœurs consiste en l'exploitation pornographique d'un mineur<sup>236</sup>. Cet article ne protège pas uniquement un mineur en particulier, mais l'image des mineurs. En effet, la représentation issue d'images virtuelles (dessin, sculpture, image de synthèse...) est également réprimée<sup>237</sup>. Cette infraction s'appuie sur les bonnes mœurs qui interdisent d'associer les mineurs à des images pornographiques. Le législateur a souhaité donner au délit présent dans l'ancien Code pénal un contenu plus objectif en abandonnant l'expression de « bonnes mœurs » au profit du terme « pornographie ». Composé du substantif *pornê* (prostituée), et du verbe *graphein* (écrire), le terme pornographie désigne la représentation complaisante de sujets ou de détails obscènes dans une œuvre littéraire, artistique ou cinématographique destinée à être communiquée au public en vue d'exciter sexuellement. À ce titre, il se rapproche de l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs.

---

<sup>233</sup> J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, op. cit., p. 23. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, 2020, spéc. p. 153 : « Ce n'est plus la moralité publique qu'il s'agit de préserver mais le consentement des personnes qui sont confrontées à des spectacles immoraux sans l'avoir souhaité ».

<sup>234</sup> X. LAMEYRE, « Des infractions sexuelles, Les mots de droit pénal français pour dire ces maux », disponible sur : [http://psydoc-fr.broca.inserm.fr/conf&rm/conf/confagrsex/RapportsExperts/Lameyre.html#\\_ftn1](http://psydoc-fr.broca.inserm.fr/conf&rm/conf/confagrsex/RapportsExperts/Lameyre.html#_ftn1) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>235</sup> V. MALABAT, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, avril 2021, n° 144.

<sup>236</sup> Article 227-23 du Code pénal : « Le fait de diffuser, d'importer ou exporter ou, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique.

Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ou représentation, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines ». Sur le fondement moral de l'infraction voir *infra* n° 180 ; sur l'infraction repensée voir *infra* n° 374.

<sup>237</sup> Par ex. : CA Douai, 30 juin 2006, Juris-Data n° 2006-316844 : trois individus sont poursuivis pour avoir fabriqué un manga japonais représentant un mineur ayant des relations sexuelles avec des femmes (« l'objet du délit, qui auparavant était défini comme l'image d'un mineur, c'est-à-dire la représentation picturale, photographique ou cinématographique d'un enfant, est étendu à toute représentation d'un mineur. Il peut donc s'agir d'images non réelles représentant un mineur imaginaire, c'est-à-dire des dessins, ou même des images résultant de la transformation d'une image réelle ») ; CA Nîmes, 22 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-368558 : le prévenu a détenu des représentations de mangas pornographiques dont les femmes étaient représentées sous les traits de mineures ; Cass. crim. 12 septembre 2007, n° 06-86.763 ; *Droit pénal* 2007, n° 12, comm. 152 : un individu est poursuivi pour avoir importé et diffusé auprès de revendeurs un manga pédopornographique.

Le terme « pornographie » permet de déterminer avec plus de précision la nature des actes accomplis sans pour autant délimiter expressément le contenu de l'infraction<sup>238</sup>.

La seconde incrimination remplaçant les articles 283 et 284 de l'ancien Code pénal correspond à la diffusion de messages pornographiques pouvant être perçus par un mineur. L'article 227-24 du Code pénal dispose que « le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur »<sup>239</sup>. Ce délit se distingue de l'outrage aux bonnes mœurs de deux manières puisque si d'un côté il restreint son champ d'application, de l'autre, il l'étend. En effet, l'article 227-24 ne vise plus les mineurs en tant qu'objets de l'infraction mais en tant que destinataires potentiels du message outrageant. À ce titre, le public visé est davantage ciblé. Par ailleurs, les « messages contraires aux bonnes mœurs » se transforment en messages violents, pornographiques ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine. Le contenu dépasse donc la sphère sexuelle. Au regard des termes employés, il appert que le législateur ait souhaité donner un contenu objectif aux messages incriminés en énumérant quelle pouvait être la nature de l'information. Cependant, le résultat n'est pas tout à fait atteint et l'usage de notions telles que la dignité offre toujours la possibilité d'un contenu extensible. Par ailleurs, l'interprétation du terme *pornographie* semble retomber dans les travers des bonnes mœurs<sup>240</sup>. En effet, la Cour de cassation reconnaît que des messages qui ne décrivent pas formellement l'activité sexuelle peuvent être pornographiques. Ainsi, l'obscénité suffit à caractériser l'infraction, rappelant aisément l'appréciation faite des bonnes mœurs<sup>241</sup>.

---

<sup>238</sup> Voir notamment J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, op. cit.

<sup>239</sup> Sur le fondement moral de l'infraction voir *infra* n° 184 ; sur l'infraction repensée voir *infra* n° 375.

<sup>240</sup> Selon le Parlement européen « toute tentative sérieuse de définition met en lumière le caractère éminemment relatif, subjectif et évolutif de ce qui peut être considéré comme pornographique » (Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur la pornographie, 24 septembre 1993, PE 204.592/déf.). N. CAMPAGNA évoque quatre critères pour définir objectivement la pornographie : le contenu, la forme, l'intention de l'auteur et le message véhiculé (N. CAMPAGNA, *La pornographie, l'éthique et le droit*, L'Harmattan, 1998). « Toutefois, ces critères ne sont pas repris par les magistrats, qui font souvent référence au contenant plutôt qu'au contenu » (B. MARRION, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse, Nancy 2, 2010, p. 108).

<sup>241</sup> À titre d'exemple, la Cour de cassation se contente qu'un sexe soit visible sans exiger d'activité sexuelle explicite (Cass. crim. 18 octobre 2017, n° 16-85.398). Selon, E. DREYER, « Cette conception-là de la pornographie ressuscite l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs car, finalement, est moins pornographique ce qui est sexuel que ce qui est de mauvais goût. Il n'est pas sûr qu'une telle approche soit fidèle à l'esprit initial de l'incrimination qui entendait lutter contre l'exploitation sexuelle des mineurs » (E. DREYER, « Détention d'image pédopornographiques », *RSC* 2018, p. 112 s.). De même, la Cour de cassation estime que l'infraction est constituée

Enfin, l'ultime article issu des outrages aux bonnes mœurs est, selon V. MALABAT, l'article R. 624-2 du Code pénal qui réprime « le fait de diffuser sur la voie publique ou dans les lieux publics des messages contraires à la décence » ainsi que « le fait, sans demande préalable du destinataire, d'envoyer ou de distribuer à domicile de tels messages » ou encore « le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation des contraventions prévues au présent article ». Cette infraction existait déjà dans l'ancien Code pénal, aux articles R. 38 et R. 39. Destiné à pallier les failles de l'outrage aux bonnes mœurs<sup>242</sup>, cet article a été conservé dans le nouveau Code pénal. S'agissant de cette contravention, le législateur n'a pas tenté de donner un contenu objectif au message incriminé et a préféré utiliser une notion aussi nébuleuse que celle de « bonnes mœurs » : la « décence ». La jurisprudence a d'ailleurs considéré que la notion de décence devait s'apprécier au regard des mœurs actuelles<sup>243</sup>. De fait, la volonté de respecter davantage le principe de légalité par l'utilisation de termes clairs et précis, ne semble pas avoir été respectée pour cet article. Il est probable que le caractère réglementaire de l'article R. 624-2 du Code pénal explique ce manque de précision puisque la décence ne saurait s'apprécier objectivement et s'avère largement tributaire de la sensibilité individuelle.

**79. La métamorphose de l'attentat aux mœurs.** Concernant les infractions relevant de l'ancienne section intitulée « Attentats aux mœurs », celles-ci semblent également avoir résisté à la réforme. La section est renommée. L'« attentat aux mœurs » laisse place aux « agressions sexuelles ». Le chapitre qui les contient ne se nomme plus « Crimes et délits contre les personnes » mais « Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne ». Toutefois, si la terminologie évolue, l'esprit demeure le même.

L'article 330 pénalisant l'outrage public à la pudeur a disparu au profit de l'article 222-32 du nouveau Code pénal rédigé de la sorte : « L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Même en l'absence d'exposition d'une partie dénudée du corps, l'exhibition sexuelle

---

par l'envoi de SMS dont le caractère pornographique laisse perplexe. En l'espèce, il s'agissait d'un professeur de lycée professionnel qui s'était prêté à un échange de messages destiné à tester la fidélité de la petite amie de l'un de ses étudiants. Aussi, il lui avait envoyé un premier à caractère sexuelle (« Kan on se voi pr senvoyer en fair ? »). Suite à des réponses d'injures, le professeur s'était permis d'envoyer d'autres messages de même nature (« Non je ne me branle pas », « tu as une bouche à pipe », « Domage !!! avec ton petit cul tu aurais eu du plaisir », et « tps pis/je baisera ton mec »). Si l'obscénité ne fait guère de doute, est-ce pour autant pornographique ? (Cass. crim. 5 juin 2019, n° 18-84.350 ; RSC 2019, p. 644 obs. DREYER)

<sup>242</sup> Voir *infra* n° 183.

<sup>243</sup> CA Paris, 20 avril 1990 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 309.

est constituée si est imposée à la vue d'autrui, dans un lieu accessible aux regards du public, la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé »<sup>244</sup>. Si le terme « exhibition » remplace celui de « pudeur », l'essence de l'ancienne infraction demeure. L'infraction réprime, en substance, le même comportement. Cependant, dans le Journal Officiel, le ministre de la Justice répond aux députés en affirmant que « la nouvelle incrimination est plus restrictive que pour le délit d'outrage public à la pudeur, puisqu'elle exige que l'acte soit imposé à la vue d'autrui d'une part et commis dans un lieu accessible aux regards du public d'autre part. [...] L'acte incriminé doit en effet constituer un geste ou une attitude déplacés au regard de la pudeur publique »<sup>245</sup>. Il est étonnant de constater que cette réponse apportée en 2003, donc bien après l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, détermine le sens précis de l'exhibition sexuelle en tentant de l'éclairer par les termes obscurs de l'ancien pénal, à savoir, « la pudeur publique ».

De même, l'attentat à la pudeur sur mineur a été remplacé par l'atteinte sexuelle sur mineur<sup>246</sup>. Ce changement est intéressant car, dans la première infraction comme chez son héritière, les actes recouverts par les atteintes ou les attentats n'apparaissent pas clairement à la lecture du texte. Toutefois, la mutation de l'attentat à la pudeur en atteinte sexuelle est percutante puisqu'ici le mot central est posé. Le domaine sexuel est affirmé. Comme le disait S. de BEAUVOIR : « Nommer, c'est dévoiler, et dévoiler c'est déjà agir »<sup>247</sup>. En l'espèce, le législateur dévoile ce qui heurte les valeurs que le droit pénal protège. La sexualité est intolérable lorsqu'elle est exercée sur un mineur. Affirmer qu'il s'agit bien là d'actes de nature sexuelle est pertinent puisque cela permet d'inscrire dans les consciences l'incompatibilité entre le domaine charnel et le mineur. L'infraction a ainsi un rayonnement bien plus important que lorsqu'elle se référait à la notion de pudeur<sup>248</sup>. Toutefois, selon la circulaire d'application du 14 mai 1993 : « l'expression "atteinte sexuelle" doit être considérée comme étant rigoureusement synonyme d'attentat à la pudeur. Les agressions sexuelles correspondent donc aux actuels attentats à la pudeur avec violence, contrainte, menace ou surprise, [...] caractérisant l'absence de consentement de la victime. Ce renouvellement du vocabulaire s'explique par la volonté de désigner les agressions concernées de manière plus

---

<sup>244</sup> Sur le fondement moral de l'infraction voir *infra* n° 185.

<sup>245</sup> D. PERBEN, question n° 16460 publiée au *JO* du 30 juin 2003, p. 5244.

<sup>246</sup> Sur le fondement moral de l'infraction voir *infra* n° 192 ; sur l'infraction repensée voir *infra* n° 405 s.

<sup>247</sup> S. DE BEAUVOIR, *Libération*, 10 mars 1983.

<sup>248</sup> Sur les difficultés d'interprétation engendrées par ce changement de terminologique, voir notamment F.-L. COSTE, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolutions d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.* 1997, p. 179 s., spéc. p. 189.

claire et plus expressive »<sup>249</sup>. Désormais, les nouvelles définitions du viol<sup>250</sup> et de l'agression sexuelle<sup>251</sup> pourraient s'ajouter à la liste des héritières de l'outrage à la pudeur<sup>252</sup>.

L'excitation des mineurs à la débauche que punissait l'ancien Code pénal n'a pas non plus tout à fait disparu. En effet, cette infraction a laissé place à la corruption du mineur<sup>253</sup>, c'est-à-dire, « le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur » ou le fait pour un majeur « d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe ou d'assister en connaissance de cause à de telles réunions ». La notion de débauche empreinte de moralité laisse place au terme glacial de « corruption ». L'utilisation de ce mot relevant d'un tout autre champ recouvert par le droit pénal est intrigant<sup>254</sup>. En effet, la corruption d'un mineur ne permet pas de déterminer avec précision ce qu'englobe cette infraction. Certes, le langage évolue, la morale se dissipe<sup>255</sup>, mais ce n'est pas pour autant que le respect du principe de légalité apparaît<sup>256</sup>.

D'autre part, la bigamie se détache des autres infractions à l'entrée du nouveau Code pénal pour rejoindre les atteintes à l'état civil des personnes. Ainsi, son étrange positionnement parmi les attentats aux mœurs se confirme par sa nouvelle place dans le nouveau Code pénal<sup>257</sup>. Il ne

---

<sup>249</sup> F.-L. COSTE, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolution d'un principe séparateur instituant l'altérité », art. préc., spéc. p. 181.

<sup>250</sup> Article 222-23-1 du Code pénal : « Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue également un viol 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 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 condition de différence d'âge prévue au premier alinéa du présent article n'est pas applicable si les faits sont commis 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 ».

<sup>251</sup> Article 222-29-2 du Code pénal : « 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.

La condition de différence d'âge prévue au premier alinéa du présent article n'est pas applicable si les faits ont été commis 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 ».

<sup>252</sup> Sur le fondement moral de ces incriminations voir *infra* n° 193 ; Sur la réécriture de ces incriminations voir *infra* n° 411 s.

<sup>253</sup> Article 227-22 du Code pénal. Sur l'infraction repensée voir *infra* n° 373.

<sup>254</sup> Le terme de « corruption » renvoie aux articles 432-11 et 433-1 du Code pénal. Ces articles désignent des infractions portant atteinte au devoir de probité.

<sup>255</sup> Cette dissimulation de la morale reste très superficielle, récemment la Cour de cassation a rejeté une QPC formé sur l'article 227-22 du Code pénal, en affirmant que « la question posée ne présente pas de caractère sérieux, en l'absence de toute disproportion manifeste entre l'infraction réprimée et les peines encourues, le **législateur ayant la faculté, pour défendre l'intérêt public, en l'espèce la protection de la moralité** et des conditions d'éveil à la sexualité des mineurs [...] de prévoir les peines correctionnelles qui lui paraissent nécessaires » (Cass. crim. 10 avril 2019, n° 19-90.009).

<sup>256</sup> Sur une redéfinition de cette infraction voir *infra* n° 373.

<sup>257</sup> Article 433-20 du Code pénal.

s'agit en effet pas d'une infraction relevant du domaine des mœurs comme les autres infractions.

Finalement, il semblerait que le nouveau Code pénal n'ait pas souhaité s'émanciper tout à fait de la morale sexuelle, persistant dans son objectif de pénalisation de l'immoralité des œuvres pornographiques. La volonté du législateur semble davantage tournée vers la modernisation du langage en vue d'un meilleur respect du principe de légalité, que vers l'émancipation des mœurs qui parsemaient l'ancien Code pénal. Par ailleurs, à en croire les travaux parlementaires du nouveau Code pénal, l'évolution serait également anthropocentrique.

## *2. Une évolution anthropocentrique*

**80. L'homme au centre de l'évolution.** Le changement terminologique semblait avant tout animé par une volonté de modernisation, en vue, sans doute, de respecter davantage le principe de légalité par l'utilisation de termes plus scientifiques, plus objectifs, à même de délimiter davantage les contours des infractions. Outre l'évolution terminologique, ce changement permet également de garantir une meilleure adéquation entre le droit et les citoyens. Il s'agit d'une évolution que l'on pourrait qualifier d'anthropocentrique. Le droit doit nécessairement s'adapter aux individus qu'il concerne et, à ce titre, il était nécessaire qu'il se modifie sous l'impulsion de la libéralisation des mœurs.

**81. L'espoir d'une distinction.** Lors des débats relatifs à la dépenalisation de l'homosexualité, il était permis d'espérer une distinction nette, hermétique, entre droit et morale concernant la sphère de l'intime. En effet, la moralisation et la normalisation du domaine sexuel semblaient décriées. Le jugement moral exercé par le droit pénal fut interrogé. Certaines grandes voix, telles que celles G. HALIMI ou R. BADINTER, ont tenté de mettre en exergue la dangerosité d'une telle interaction. Ainsi, lorsque le nouveau Code pénal entre en vigueur, l'espoir renaît. Le terme « mœurs » est supprimé, celui de « pudeur » l'est également. En apparence, le droit pénal s'émancipe de la morale.

**82. L'homme, toujours encerclé par la morale.** Toutefois, l'espoir d'une distinction hermétique entre les mœurs et le droit est de courte durée. Si l'idée d'une disparition des mœurs, tant dans leur essence que dans leur existence textuelle, émerge, les travaux parlementaires



préalables au nouveau Code pénal mettent rapidement à mal cette pensée. En effet, lors de l'entrée en vigueur du Code pénal, la référence aux mœurs est loin d'avoir disparu. Si le terme s'est évanoui, la volonté de protéger la morale sexuelle transparaît de la même manière derrière les nouvelles incriminations. L'intimité est loin d'être devenue une zone de « non-droit »<sup>258</sup>. L'influence des mœurs, qu'elles soient nommées ou non, perdure dans le nouveau Code pénal comme en témoigne l'étude des travaux parlementaires.

**83. Une interférence actualisée.** Lorsque le projet de loi portant réforme du Code pénal est présenté, R. BADINTER revient rapidement sur les deux fonctions du droit pénal ; sa fonction répressive et sa fonction expressive. Selon ce dernier, lorsque l'harmonie se rompt entre ces deux fonctions, « la loi pénale ne remplit plus efficacement son office dans la société. [...] La sanction pénale ne satisfait plus, mais heurte la sensibilité publique. Elle apparaît comme l'expression d'une survivance et non plus d'une valeur. Elle choque la conscience collective »<sup>259</sup>. À cet égard, le ministre de la Justice offre pour exemple le sacrilège et l'adultère, fondés selon lui sur des interdits d'ordre religieux ou moral.

Ainsi, le constat aurait pu être le suivant : les interdits moraux sont voués à disparaître, ou tout du moins, à évoluer. Fonder la loi pénale sur ceux-ci nécessite d'accepter la relativité de cette dernière. La dangerosité d'un fondement moral aurait pu être déduite de cette démonstration. Or, il n'en est rien puisque, quelques lignes plus tard, R. BADINTER affirme que « le nouveau Code pénal doit exprimer les valeurs de notre société. Les incriminations qu'il formule, les peines qu'il comporte doivent être en harmonie avec la conscience collective. C'est la dimension morale du Code pénal »<sup>260</sup>.

Le nouveau Code pénal n'aura donc pas pour tâche de supprimer toute référence aux mœurs, notamment au sein de la sphère intime. Cela ne fait pas partie de ses objectifs. Les anciens débats relatifs à l'adultère, ou ceux attendant à l'homosexualité, apparaissent déjà loin. Le nouveau Code pénal n'a pas vocation à s'extraire de la morale, il doit au contraire respecter davantage les mœurs contemporaines, la conscience collective, pour que sa fonction répressive soit en accord avec sa fonction expressive.

---

<sup>258</sup> J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 25.

<sup>259</sup> R. BADINTER, Sénat, Projet de loi n° 300 du 20 février 1986 portant réforme du Code pénal, p. 4.

<sup>260</sup> *Ibidem*.

L'entrée en vigueur du nouveau Code ne tend pas à dissocier mœurs et droit. Au contraire, le texte doit adapter le droit aux mœurs de l'époque. La disparition du terme dépend donc davantage d'une volonté de moderniser le langage que d'une réelle envie de répondre au souhait des philosophes des Lumières.

**84. Conclusion de la Section 1.** À première vue, l'émancipation du droit pénal vis-à-vis des mœurs ne fait aucun doute. Son évolution historique témoigne d'un recul incontestable de l'influence de la morale sur le droit. Progressivement, certaines infractions animées par la protection des bonnes mœurs sexuelles telles que l'adultère ou l'homosexualité ont disparu du texte. Le terme lui-même s'est évanoui, éclipsé par l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal. De façon générale le droit pénal aurait su s'extraire de la morale qui ne serait plus, à l'heure actuelle, une valeur sociale protégée à part entière.

Néanmoins, si ces disparitions sont manifestes, elles n'en demeurent pas moins relatives. Certes, le vocabulaire employé par le législateur ne laisse plus textuellement apparaître l'influence de la morale. Pourtant, lorsque l'on s'intéresse particulièrement aux infractions sexuelles, il est aisé de constater l'influence du spectre moral. Bien qu'étant invisible, l'influence des mœurs sur le droit pénal n'en demeure pas moins présente et effective. L'émancipation du droit pénal ne semble que partielle et certaines infractions portent encore les traces de la moralité.

## **Section 2 – L'émancipation relative de la jurisprudence vis-à-vis des mœurs**

**85. Le juge pénal, articulation entre le droit et la morale.** Le juge pénal est lié aux mœurs par un lien particulièrement solide, puisqu'il leur est à la fois soumis en tant qu'individu et qu'il les côtoie en tant que magistrat. Ce dernier a toujours eu un rôle central et déterminant dans la relation qu'entretenait le droit pénal avec la morale. Avant la réforme du Code pénal, le juge était contraint d'adapter le droit aux mœurs en déterminant leur nature et leur consistance. Par la suite, la révolution sexuelle a engendré, au niveau supranational, une nouvelle impulsion venue des juges européens. Par le biais de certains arrêts retentissants, les magistrats européens ont tenté de limiter l'influence des mœurs sur l'appréciation juridique de la sexualité.

Cependant, il n'est pas permis d'envisager une émancipation totale. En effet, en tant qu'individu, il semble inconcevable que les magistrats puissent s'extraire tout à fait de leur temps et de leur époque.

Ainsi, la position naturelle du juge pénal, médiateur entre le droit et les mœurs, l'a conduit à jouer un rôle déterminant dans la relation entre ces deux domaines. Qu'il heurte ou se libère des mœurs, son rôle apparaît significatif (§ 1). Puis, progressivement, les juges ont tenté de rechercher ailleurs des appuis solides et objectifs pour déterminer la morale. Afin de déléguer leur pouvoir interprétatif, ils se sont trouvés dans l'obligation d'avoir recours à diverses formes d'incantations. Malheureusement, l'objectivité est apparue être une quête vaine, ne faisant que rapprocher les magistrats de ce qu'ils souhaitaient fuir (§ 2).

## **§ 1 – Le rôle hégémonique du juge pénal**

**86. Un rôle ambivalent.** Il est souvent rappelé que les juges ne doivent être que les bouches qui prononcent les paroles de la loi, « des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur »<sup>261</sup>. En effet, le principe fondateur du droit pénal, la clé de voûte de son organisation, se situe dans le principe de légalité pénale, selon lequel « *Nullum crimen, nulla poena sine lege* ». Au nom de l'accessibilité et de la prévisibilité de la loi pénale, l'intervention du juge est réduite à son rôle premier, celui de dire la loi et non de l'interpréter.

Pour autant, confronté aux mœurs, le juge a du s'adapter Si, au regard de la rédaction de certains textes, le juge est le premier confronté aux mœurs (A), il est également à l'initiative de l'émancipation du droit pénal. En effet, sous l'impulsion de la CEDH, le juge interne a également tenté de se défaire de toute préconception de la sexualité (B).

### **A. Le juge confronté aux mœurs**

**87. Le rôle central du juge pénal**<sup>262</sup>. Ma rédaction de l'ancien Code pénal n'est pas sans incidence sur le rôle dévolu aux magistrats et l'avènement de la légalité formelle. L'usage de termes volontairement opaques offrait aux juges un devoir qui dépassait leurs fonctions

---

<sup>261</sup> C. DE MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Livre II, Chapitre VI, Ellipses, 2015.

<sup>262</sup> Sur l'évolution du pouvoir des juges voir notamment F. MALHIÈRE, « L'autorité du juge à l'épreuve (du refus) de son pouvoir d'interprétation », *Les Cahiers de la justice*, 2020, n° 4, p. 633 s.

naturelles en les contraignant à l'interprétation (1). L'objectif était sans aucun doute d'assurer une meilleure adaptation du droit aux mœurs mobiles et mouvantes. Toutefois, les magistrats s'emparèrent de ce dispositif non plus pour interpréter les textes, mais pour créer leur contenu. Cette fonction créatrice de droit s'est retournée contre le législateur, l'incitant à intervenir dans certains domaines précis (2).

### 1. Une fonction interprétative

**88. Une notion sibylline.** L'ancien Code pénal induisait un rôle tout particulier pour les magistrats, puisqu'il était impossible de se contenter de dire le droit. Ils se sont vu imposer le fait d'interpréter la loi. Les ouvertures, les vides, les lacunes ne pouvaient être comblés que par leurs interprétations<sup>263</sup>. Le juge a expressément été chargé de définir les mœurs et leur contenu afin d'appliquer les incriminations qui s'y référaient.

L'outrage aux bonnes mœurs, prévue à l'article 283 de l'ancien Code pénal se contentait de punir tous messages publics « contraires aux bonnes mœurs ». De même, la notion de mœurs indiquait à elle seule le sens des infractions présentes dans la section IV du chapitre I du titre II du livre III intitulée « Attentats aux mœurs ». Le terme n'était nullement défini par l'ancien Code pénal. Le législateur laissait « au juge le soin d'adapter la loi aux mentalités et aux mœurs de l'époque »<sup>264</sup>, ne lui permettant pas d'adopter un rôle passif. L'obscurité du droit a donc contraint le juge à ne pas se limiter à sa fonction de « gardien » du texte, mais à en devenir l'« inventeur »<sup>265</sup>.

Effectivement, une définition légale du concept de mœurs était impensable tant ce dernier ne peut se définir en lui-même. É. GARÇON reconnaissait cette difficulté en affirmant que « la première condition du délit [d'outrage aux bonnes mœurs] est un fait matériel contraire aux bonnes mœurs, la loi n'a pas déterminé, par une définition précise, la nature de ces actes, et elle ne le pouvait pas. Ce point est nécessairement abandonné à l'appréciation des juges »<sup>266</sup>. Les mœurs sont déterminées par rapport aux valeurs admises par la société, se cristallisant dans un

---

<sup>263</sup> F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2008, n° 48, p. 3 s., spéc. p. 49.

<sup>264</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, PU de Saint-Louis, 1981, p. 107.

<sup>265</sup> P. VIELFAURE, *Le juge, gardien des valeurs ?*, in V. FORTIER (dir.), CNRS éditions, 2007, p. 74.

<sup>266</sup> É. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, p. 173, cité par J-P VAUTHIER, « D'une loi à l'autre, Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », art. préc., spéc. p. 32.

temps et un espace donnés. Impossible de fournir une définition figée, du fait de la contingence qui leur est intrinsèque. La notion relève donc d'une « apesanteur juridique »<sup>267</sup>. À la simple lecture de l'ancien Code pénal, il est inconcevable de déterminer ce qu'était l'outrage aux bonnes mœurs et ce que recouvraient précisément les attentats aux mœurs, du fait de leur perpétuelle évolution. La notion était-elle limitée au domaine sexuel ? Un panneau publicitaire revendiquant l'avortement ou l'euthanasie était-il contraire aux bonnes mœurs ? *A priori*, rien ne permettait d'être affirmatif. La lourde tâche de définir le contenu des mœurs revenait aux magistrats.

**89. Les choix du juge.** Plusieurs trajectoires s'offraient au juge. La première, la voie empirique, consistait à suivre l'évolution des mœurs de la société afin de calquer sur elles le droit pénal. La seconde voie possible était la voie idéaliste, destinée à empêcher l'évolution des mœurs, au nom d'un idéal religieux, moral ou philosophique. Enfin, une tierce possibilité était envisageable, puisque le juge pouvait également s'octroyer le pouvoir de ralentir l'évolution des mœurs<sup>268</sup>. Cette possibilité aurait eu pour effet de transformer le juge en censeur des mauvaises mœurs interdisant, par la pénalisation, toute forme de libéralisation de la moralité. Finalement, il semble que la jurisprudence n'ait pas tout à fait tranché entre les différents chemins à emprunter. Dans une large mesure, le juge s'est appliqué à répondre au rôle que lui avait prévu l'ancien Code pénal, en choisissant la voie empirique afin d'aligner sa jurisprudence sur les mœurs de son époque. La cour d'appel de Besançon rappelait que « la distinction entre ce qui est permis et défendu doit être faite uniquement en fonction de l'état d'évolution des mœurs à une époque définie et dans un lieu déterminé »<sup>269</sup>. Toutefois, la volonté de ralentir l'évolution des mœurs transparaît aisément derrière certains arrêts mentionnant le fait que « la défense de la moralité publique interdit un excès d'indulgence qui en accélérerait l'évolution »<sup>270</sup>. Le juge pénal a donc tenté d'adapter le droit aux mœurs tout en évitant d'en accélérer l'évolution.

---

<sup>267</sup> J.-P. ROYER, « L'homme et le droit », in J. POIRIER (dir.), *Histoire des mœurs*, Tome II, vol. 1, Gallimard, 2002, p. 560 s.

<sup>268</sup> V. FORTIER, *Le juge, gardien des valeurs*, CNRS éditions, 2007, p. 72.

<sup>269</sup> CA Besançon, 29 janvier 1976 ; *JCP* 1977, II, 18640 note DELPECH. Voir également TGI Paris, 8 novembre 1976 ; *D.* 1977, 320, note ROLLAND ; *JCP* 1979, II, 19044, note BLIN : « Dans l'arbitrage qui lui incombe, le tribunal doit se référer à l'état de la société contemporaine ».

<sup>270</sup> Trib. corr. Seine, 21 octobre 1964 ; *Gaz Pal.* 1964. 2. 439.

**90. L'affirmation d'une connotation sexuelle.** Concernant la réalité de ce concept, il est intéressant de constater que, rapidement, les juges ont considéré que les mœurs se restreignaient au domaine sexuel. L'outrage ne sanctionnait guère que la pornographie<sup>271</sup>. De même, les messages contraires à la décence se concentraient autour de la sexualité afin de limiter les potentielles atteintes à la « moralité publique »<sup>272</sup>. Enfin, la section nommée attentat aux mœurs se limitait également, au domaine sexuel à travers la pénalisation de l'outrage public à la pudeur<sup>273</sup>, l'attentat à la pudeur<sup>274</sup>, l'excitation à la débauche<sup>275</sup>, le viol<sup>276</sup>, le proxénétisme<sup>277</sup>...

**91. Des infractions aux multiples visages.** Si le domaine sexuel s'est rapidement imposé, en l'absence de définition, les infractions étaient susceptibles de se « produire de mille manières et revêtir mille formes diverses »<sup>278</sup>. Aussi, le contenu précis des infractions n'a jamais cessé d'évoluer. À l'image des éléments constitutifs de l'outrage aux bonnes mœurs, l'appréhension des messages contraires à la décence, *infraction-fille* de l'article 283 de l'ancien Code pénal, s'est-elle aussi avérée particulièrement délicate et fluctuante. Rien au sein des éléments constitutifs de l'infraction ne permet, ni ne permettait, de connaître avec précision les éléments caractéristiques de l'infraction. L'article R. 624-2 du Code pénal se contente de punir : « Le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence ».

---

<sup>271</sup> Cass. crim. 25 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 37 ; *RSC* 1979, p. 832, obs. LEVASSEUR (représentation minutieuse de violences et perversions sexuelles dégradantes pour la personne humaine) ; CA Paris, 10 juin 1977, *JurisData* n° 1977-115097 (séquences d'ébats sexuels comportant des scènes de masturbation, de fellation, de cunnilingus, de sodomisation, de rapports hétérosexuels ou homosexuels) ; CA Paris, 10 novembre 1987, *JurisData* n° 1987-028652 (film à caractère pornographique représentant des femmes enceintes ayant des rapports sexuels) ; CA Paris, 11 septembre 1989, *JurisData* n° 1989-024856 ; CA Paris, 15 octobre 1990, *JurisData* n° 1990-024436 (scènes de perversions sexuelles) ; CA Paris, 13 décembre 1990, *JurisData* n° 1990-025627 (rapports de domination dans les jeux érotiques et comportements fétichistes) ; CA Paris, 12 novembre 1992, *JurisData* n° 1992-023701 (films de pédophilie) ; CA Paris, 15 juin 1992, *JurisData* n° 1992-021861 (montages photographiques à base de revues pornographiques afin de compromettre certains collègues).

Sur l'absence d'outrage aux bonnes mœurs : CA Paris, 7 mars 1989, *JurisData* n° 1989-230123 (un guide définissant certaines méthodes de massage ou de relaxation mais ne présentant pas, en elles-mêmes un caractère volontaire de descriptions licencieuses) ; CA Paris, 9 avril 1992, *JurisData* n° 1992-020924 (le fait pour un créancier d'apposer sur la vitrine de son magasin la caricature d'une de ses débitrices suffisamment précise pour rendre la personne identifiable, le tout accompagné de commentaires désobligeants sur son anatomie).

<sup>272</sup> CA Colmar, 12 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82, note A.T. En l'espèce, la cour d'appel de Colmar avait condamné le directeur d'un cinéma pour avoir exposé à l'entrée de sa salle deux photographies dont l'une représentait deux jeunes femmes en buste dont la nudité était en partie voilée par de longs cheveux. Les deux femmes étaient enlacées sans que leurs corps ne se touchent. L'autre photographie mettait en scène une chanteuse vêtue uniquement d'une robe en dentelle ajourée, laissant dévoiler son sexe.

<sup>273</sup> Article 330 de l'ancien Code pénal.

<sup>274</sup> Articles 331 et suivants de l'ancien Code pénal.

<sup>275</sup> Article 334-2 de l'ancien Code pénal.

<sup>276</sup> Article 332 de l'ancien Code pénal.

<sup>277</sup> Articles 334 et suivants de l'ancien Code pénal.

<sup>278</sup> A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, Tome IV, 3<sup>ème</sup> édition, 1852, p. 206.

Déterminée à partir d'un concept mouvant, toute tentative de définition demeurerait impossible. Les juges le reconnaissaient d'ailleurs et considéraient que « l'indécence d'une affiche [devait] être appréciée au regard des mœurs actuelles et de la diffusion des images par les médias »<sup>279</sup>, allant même jusqu'à affirmer que « si en d'autres endroits, l'exposition de ces mêmes photographies n'a pas donné lieu à des poursuites pénales, on peut dire que la notion de décence, n'est pas forcément la même dans toutes les villes de France, et que le seuil de tolérance est variable suivant les latitudes, les milieux et les individus »<sup>280</sup>. L'unique certitude tenait donc à la relativité de la notion.

Ont ainsi pu être jugées indécentes des affiches cinématographiques représentant des femmes entièrement nues qui, pour certaines, adoptaient des poses provocantes en élevant leurs bras au-dessus de leur tête ou en les rejetant en arrière, et ce, bien que ces photographies soient en partie voilées à la hauteur des parties sexuelles et que les seins soient en partie cachés par des bandes de papier portant le titre du film<sup>281</sup>. De même, a été jugée contraire aux bonnes mœurs l'image d'une femme dont la nudité n'est voilée que par un soutien-gorge transparent et un slip léger, se tenant près d'un homme dans une attitude lascive suggérant une scène de débauche<sup>282</sup>. À l'inverse, des affiches publicitaires représentant un buste et un bassin de femme nue enduits d'une substance foncée qu'un homme lèche à la hauteur des cuisses n'ont pas été considérées contraires à la décence<sup>283</sup>. Au même titre qu'une affiche faisant apparaître deux jeunes enfants en diabolins dont l'un portait des bas noirs et l'autre était doté d'un sexe en érection<sup>284</sup>. Si la volonté de laisser aux magistrats la possibilité d'adapter ces infractions aux mœurs de leur époque paraissait louable, le risque d'arbitraire demeurerait certain.

**92. Une atteinte au principe de légalité.** L'énigme entourant la notion de mœurs engendre des difficultés quant au respect de grands principes, constitutionnellement protégés. Le caractère éminemment relatif de la notion de mœurs implique du juge une interprétation particulièrement dérangeante aux yeux du pénaliste qui ne saurait s'en satisfaire au regard du principe de légalité. Les impératifs de prévisibilité et de qualité de la loi pénale semblent

---

<sup>279</sup> CA Paris, 20 avril 1990 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 309.

<sup>280</sup> CA Colmar, 12 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82, note A.T.

<sup>281</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1965, *Bull. crim.* n° 158 ; *D.* 1965, jurispr. p. 667 ; *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 140 ; *JCP G* 1965, IV, 97 ; *RSC* 1965, p. 877 ; CA Lyon, 22 janvier 1964, *JCP G* 1964, II, 13633, note MIMIN.

<sup>282</sup> Trib. pol. Lyon, 9 décembre 1966 ; *Gaz. Pal.* 1967, 1, p. 116.

<sup>283</sup> CA Paris, 16 mai 1979.

<sup>284</sup> CA Paris, 20 avril 1990 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 309 ; PH. BERTIN, « Le sexe du diabolin ou Métro, boulot, porno... », *Gaz. Pal.* 1990, doct. p. 296 s.

bafoués. La place dévolue aux juges malmène ces exigences prévues à tous les niveaux de la hiérarchie des normes, notamment au niveau européen, puisque la CEDH exige que les individus soient « à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à découler d'un acte déterminé »<sup>285</sup>. La présence du juge est essentielle car elle permet d'adapter les mœurs à l'état actuel de la société. Toutefois l'imprécision touche ici son paroxysme.

Si la jurisprudence européenne a reconnu l'existence et la validité de l'interprétation téléologique en intégrant la jurisprudence au sein de la notion de « *law* », elle limite toutefois cette extension par le principe de prévisibilité et d'accessibilité de la norme. Selon la Cour, « la notion de “droit” ("*law*") utilisée à l'article 7 correspond à celle de “loi” qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique des conditions qualitatives, entre autres celles d'accessibilité et de prévisibilité »<sup>286</sup>. Ainsi, les lois « n'ont pas besoin d'être prévisibles avec une certitude absolue : l'expérience la révèle hors d'atteinte. En outre la certitude, bien que hautement souhaitable, s'accompagne parfois d'une rigidité excessive ; or le droit doit savoir s'adapter aux changements de situation. Partant, beaucoup de lois se servent-elles, par la force des choses, de formules plus ou moins vagues dont l'interprétation et l'application dépendent de la pratique »<sup>287</sup>. L'interprétation jurisprudentielle pourra apporter la clarté et la précision nécessaire à la loi afin de permettre son adaptation à l'évolution de la société<sup>288</sup>. Cependant, en l'espèce, concernant l'interprétation du terme *mœurs*, il semble délicat de prévoir ce que les juges estimaient contraire aux mœurs. Si le domaine sexuel s'est imposé de façon inéluctable, le contenu objectif des comportements réprimés n'a cessé d'évoluer au fil des décisions. Des contours du terme jusqu'à la reconnaissance de sa contingence, rien ne permettait de deviner l'état actuel du droit, méconnaissant ainsi le principe de légalité, même entendu largement.

---

<sup>285</sup> CEDH 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49.

<sup>286</sup> CEDH 15 novembre 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France*, § 29 ; CEDH 10 octobre 2006, n° 40430/02, *Pessino c/ France*. En effet, l'aspect inclusif de la notion de « *law* » n'est pas limité aux pays de Common law, puisque la Cour européenne des droits de l'homme a clairement affirmé que « Les arrêts *Sunday Times*, *Dudgeon* et *Chappell* concernaient certes le Royaume-Uni, mais on aurait tort de forcer la distinction entre pays de *common law* et pays “continentaux” », CEDH 24 avril 1990, n° 11105/84, *Huvig c/ France*. Sur la notion de « *law* » au sens de la Convention voir notamment P. DEUMIER, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, juillet 2019, § 144.

<sup>287</sup> CEDH 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49.

<sup>288</sup> PH. CONTE, « Principe de la légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Droit pénal*, juin 2020, étude n° 17.



La fonction interprétative du droit pénal n'a pas été la seule du juge pénal. En effet, l'oracle des mœurs s'est également investi d'une fonction créatrice de droit pénal. Considérant être les plus à même de percevoir l'évolution de la moralité, les magistrats n'ont donc pas hésité à contraindre le législateur à l'action, afin que le droit soit davantage en adéquation avec les mœurs de son époque.

## 2. Une fonction créatrice

**93. Adaptation du droit aux mœurs sous l'impulsion du juge.** En raison du lien palpable entre les infractions fondées sur les mœurs et le juge pénal, celui-ci s'est investi d'un pouvoir créateur. Source vivante de droit, face mouvante des lois, les magistrats ont parfois induit la modification, voire la création de droit positif<sup>289</sup>. Dépassant leur pouvoir d'interprétation, ils ont, à plusieurs reprises, suscité la pénalisation des émotions malsaines, ou au contraire, l'ont modérée.

**94. Une pénalisation incitée, le viol entre époux.** L'existence d'une jurisprudence créatrice de droit trouve une parfaite illustration concernant la pénalisation du viol entre époux. Longtemps exclu, la jurisprudence et la doctrine<sup>290</sup> s'accordaient toutes deux à nier la possibilité d'un viol entre époux selon le motif que l'article 215 du Code civil prévoyait un devoir de cohabitation. Selon la jurisprudence, « la conjonction obtenue », loin d'être « illicite », était « une des fins légitimes du mariage »<sup>291</sup>, « conforme à l'ordre de la nature »<sup>292</sup>. Néanmoins, l'entrée en vigueur de la loi du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs<sup>293</sup> en donnant pour la première fois une définition légale au viol<sup>294</sup>, a permis à la jurisprudence d'évoluer sur le sujet. De fait, le 5 septembre 1990, la Cour de cassation

---

<sup>289</sup> « Les membres de la magistrature sont avant tout des praticiens, placés à l'interface entre le droit et la réalité sociale, et confrontés quotidiennement à des problèmes humains que le droit peut peiner à résoudre », M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral, op. cit.*, p. 162.

<sup>290</sup> « Les violences exercées par le mari sur sa femme légitime, lorsqu'elles tendent aux fins légitimes du mariage, ne peuvent jamais constituer un crime de viol », É. GARÇON, *Code pénal annoté*, 2<sup>ème</sup> édition, par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, 1952-1959, Sirey, n° 23.

<sup>291</sup> Cass. crim. 19 mars 1910, *Bull. crim.* n° 153.

<sup>292</sup> *Ibidem*.

<sup>293</sup> Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, *JO* du 24 décembre 1980 ; voir D. MAYER, « Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 23 décembre 1980 », *D.* 1981, p. 283 s.

<sup>294</sup> Article 332 de l'ancien Code pénal : « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui, par violence, contrainte ou surprise ».

reconnaît le viol entre époux accompagné d'actes de tortures et de barbarie<sup>295</sup>. Toutefois, l'interprétation de cet arrêt ne fait pas l'unanimité et les auteurs de doctrine se déchirent<sup>296</sup>. En effet, la chambre criminelle semble avoir admis le viol entre époux en raison des violences très graves qui avaient accompagné l'acte de pénétration sexuelle.

Il faudra attendre un arrêt en date du 11 juin 1992 pour que la Cour de cassation se positionne clairement et affirme sans détour, que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne valent que jusqu'à preuve du contraire »<sup>297</sup>. Après avoir créé une présomption de consentement entre époux, la Cour de cassation revient sur sa jurisprudence. Soutenus par les magistrats européens<sup>298</sup>, les juges nationaux ont tout de même eu le courage d'inciter le législateur à intervenir sur la délicate question du viol entre personnes mariées.

Ainsi, la loi du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs<sup>299</sup> a consacré légalement cette jurisprudence. L'article 222-22 du code pénal énonçait que, lorsque la victime et l'agresseur sont unis par les liens du mariage, « la présomption de consentement ne vaut que jusqu'à preuve du contraire », reprenant ainsi la formule dégagée par la Cour de cassation en 1992. Le mariage cesse d'être un fait justificatif absolu. Allant plus loin encore, la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants<sup>300</sup> a modifié l'article 222-22, alinéa 2, du Code pénal. Cette intervention législative supprime toute référence à la présomption simple de consentement des époux puisque désormais, le viol est réalisé lorsqu'il est imposé à la victime « quelle que soit la nature

---

<sup>295</sup> Cass. crim. 5 septembre 1990, n° 90-83.786, *Bull. crim.* n° 313 ; *D.* 1991. 13, note ANGEVIN ; *JCP* 1991, II, 21629, note RASSAT ; *RSC* 1991. 348, obs. LEVASSEUR ; *Gaz. Pal.* 2 février 1991, p. 8, note J.-P. DOUCET.

<sup>296</sup> « Si M. Angevin estime que la Chambre criminelle a donné "à une question clairement posée une réponse claire" et qu'elle a approuvé la solution de la chambre d'accusation, Mme M.-L. Rassat pense au contraire que si la motivation de cette dernière juridiction est claire, la conclusion à laquelle elle aboutit est fautive en droit, et que l'arrêt de la Chambre criminelle "peut prêter à toutes les interprétations". M. Doucet souhaite que la nouvelle loi soit appliquée en s'inspirant le plus possible de la jurisprudence traditionnelle, afin de ne pas aboutir à un respect excessif de la liberté sexuelle de chacun dans les rapports entre époux, et M. Véron pense, lui aussi, qu'il faut éviter de poursuivre trop aisément pour viol le mari qui a profité des circonstances sans autre engagement préalable que celui qui découle de l'union conjugale (Mme Rassat rappelle à juste titre la nullité des "mariages blancs" convenus à l'avance) », G. LEVASSEUR, « Le viol perpétré par le mari sur sa femme », *RSC* 1991, p. 348 s.

<sup>297</sup> Cass. crim. 11 juin 1992, n° 91-86.346, *Bull. crim.* n° 232 ; *D.* 1993, 117, note RASSAT ; *D.* 1993, Somm. 13, obs. AZIBERT ; *JCP* 1993, II, 22043, note GARÉ ; *RSC* 1993. 330, obs. LEVASSEUR ; *RSC* 1993, 780, obs. LEVASSEUR.

<sup>298</sup> CEDH 22 novembre 1995, n° 20166/92 et 20190/92, *S. W. et C. R. c/ Royaume-Uni*.

<sup>299</sup> 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, *JO* du 5 avril 2006.

<sup>300</sup> Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JO* du 10 juillet 2010.

des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ». Si la difficulté probatoire demeure, la jurisprudence s'est légitimement faite créatrice, n'hésitant pas à pousser les frontières de la répression.

**95. Une pénalisation précisée, l'homosexualité.** Les juges du fond ont parfois initié la pénalisation de certains comportements, notamment lorsque ces derniers témoignaient d'une moralité privée contraire aux bonnes mœurs. À cet égard, en décembre 1941, un rapport de C. DUBOST, substitut du procureur de la République de Toulon, met en exergue l'inadaptation du droit en rendant compte des difficultés juridiques rencontrées par son parquet dans une affaire de mœurs impliquant un médecin des environs<sup>301</sup>. En l'espèce, un homme de vingt-neuf ans avait entretenu des relations sexuelles consenties avec plusieurs jeunes garçons âgés de quatorze à dix-sept ans. Si le viol ou l'attentat à la pudeur avec violence étaient exclus en présence du consentement de tous les protagonistes, l'attentat à la pudeur sans violence n'était pas non plus envisageable puisque le seuil de protection avait été fixé à l'âge de treize ans, hormis le cas particulier d'un acte commis par un ascendant. De même, le défaut de publicité ne permettait pas l'application de l'outrage à la pudeur et l'excitation à la débauche ne pouvait être constituée puisqu'il s'agissait de la satisfaction de ses propres désirs. Partant, le substitut estimait être en présence d'une lacune du droit pénal. Rien ne permettait de poursuivre l'individu ayant commis des actes homosexuels avec des mineurs. Ce rapport établi par C. DUBOST ne resta pas lettre morte.

En effet, M. BONINCHI retrace les diverses initiatives des milieux judiciaires sous Vichy qui ont tenté de contraindre le législateur à intervenir. Il met en exergue deux infractions détournées de leur sens premier afin de répondre au besoin pressant de pénalisation<sup>302</sup>. « Les magistrats, en présence de faits abominables qui révoltaient leurs consciences, ont cherché à combler les lacunes de la loi par voie d'interprétation prétorienne, en recourant soit à la qualification d'excitation de mineurs à la débauche, soit à celle d'outrage public à la pudeur. Mais cette méthode est dangereuse et ses inconvénients sont vite apparus. En appliquant les articles 330 et 334 à des faits qu'ils ne prévoyaient pas, on a introduit une inextricable confusion dans la théorie de ces délits et on a abouti à une jurisprudence obscure et contradictoire »<sup>303</sup>. La démarche interprétative n'a pas hésité à dépasser les limites autorisées pour devenir analogique.

---

<sup>301</sup> Rapport du substitut du procureur de la République de Toulon du 22 décembre 1941, 60-SL.

<sup>302</sup> M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, op. cit., p. 143 s.

<sup>303</sup> É. GARÇON, Code pénal annoté, 1906 cité par M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, op. cit., p. 175.

**96. Le détournement de l'outrage public à la pudeur.** Dans un premier temps, la qualification d'outrage public à la pudeur<sup>304</sup> présent dans la section intitulée « Attentats aux mœurs » fut utilisée pour assurer une répression indirecte des actes homosexuels. L'absence de définition légale a permis au juge de punir ces comportements lorsqu'ils se traduisaient par des gestes ou manifestations publiquement exposées, de nature à heurter la pudeur publique. De fait, le délit d'outrage public à la pudeur paraissait constituer un palliatif efficace à l'absence de pénalisation visant précisément l'homosexualité, sous réserve que les faits se prêtent à cette incrimination et notamment à la condition de publicité<sup>305</sup>.

Cependant, rapidement, les juridictions ne s'embarrassèrent plus de cette condition et estimèrent que la publicité effective n'était pas nécessaire « dès l'instant où les circonstances qui l'entouraient, étaient de nature à provoquer l'"éventualité d'un scandale", c'est-à-dire à chaque fois que les agissements en cause auraient pu être perçus par des témoins involontaires »<sup>306</sup>. En dépit des objections formulées par la doctrine et la résistance opérée par les chambres réunies de la Cour de cassation, les juridictions de fond persistèrent dans la déformation de l'article 330 de l'ancien Code pénal, passant sous silence la condition de publicité, au nom de la protection de ce qui paraissait être des bonnes mœurs<sup>307</sup>.

**97. Le détournement de l'excitation des mineurs à la débauche.** Les magistrats ne se contentèrent pas de l'article 330 de l'ancien Code pénal et s'appuyèrent également sur l'article 334-2 du même Code. Par l'usage détourné de l'excitation des mineurs à la débauche<sup>308</sup>, les comportements homosexuels entre un majeur et un mineur du même sexe furent particulièrement visés.

---

<sup>304</sup> Article 330 de l'ancien Code pénal.

<sup>305</sup> P. VIELFAURE, *Le juge, gardien des valeurs*, op. cit., p. 84 s.

<sup>306</sup> M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, op. cit., p. 165.

<sup>307</sup> *Ibid.* p. 166 s. : l'auteur reprend l'exemple canonique de Lucien B., qui s'était adonné à des actes homosexuels avec plusieurs jeunes gens des villages environnants. La magistrature lyonnaise avait utilisé l'article 330 de l'ancien Code pénal pour incriminer une grande partie de ses comportements, tentant de démontrer que ses agissements purement privés constituaient en réalité des outrages publics à la pudeur. Les faits en question avaient été commis dans la chambre de l'inculpé, dans la cave privée et à l'intérieur du local lui servant de laboratoire pour la fabrication de son lait. Ces pièces étaient non accessibles à sa clientèle ou aux personnes provenant de l'extérieur. Cependant, elles furent abusivement qualifiées de « lieu accessible au public » par les magistrats du siège et du parquet, qui purent ainsi justifier le renvoi de l'inculpé devant le tribunal correctionnel ainsi que le prononcé d'une sanction pénale à son encontre (Trib. corr. de Lyon, dossier de procédure, 25 juin 1943, min. Pub. C/ Alphonse... ADR non côté).

Selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, il suffit que « l'acte commis, en admettant qu'il ait échappé au regard des personnes présentes autres que la victime, aurait pu être vu par elles, aucune précaution n'ayant été prises pour le leur cacher » (Cass. crim. 4 mars 1880 ; D., 1880, I, 433).

<sup>308</sup> Article 334-2 de l'ancien Code pénal.

Les tentatives de pénalisation spécifiques se sont pour l'essentiel développées dans le courant du premier tiers du XX<sup>ème</sup> siècle, suite à un arrêt de la Cour d'appel de Bourges en date du 26 janvier 1905 qui s'efforçait d'imposer une distinction entre la satisfaction des passions naturelles et celle des actes contre-nature<sup>309</sup>. Dans un premier temps, la Cour de cassation résista à toute pression<sup>310</sup>. Ce raisonnement fut fermement condamné par la Chambre criminelle, qui n'hésita pas à casser l'arrêt rendu par les juges de Bourges<sup>311</sup>. Pour autant, certaines juridictions continuaient à statuer en ce sens<sup>312</sup>, en dépit de l'avis contraire formulé par la Cour de cassation<sup>313</sup>.

Par l'emploi de la notion d'excitation de mineur à la débauche, la jurisprudence tentait d'enjoindre le législateur à créer un texte précisément destiné aux actes homosexuels. Il ne fut pas indifférent à ces stratagèmes et une réforme s'opéra sous Vichy. L'intervention du législateur a donc été le fruit de longues revendications judiciaires, « fondée sur l'idée que la loi n'assurait pas une répression suffisante des infractions contre les mœurs, et que les actes homosexuels méritaient d'être traités différemment de ceux accomplis "pour satisfaire des passions naturelles" »<sup>314</sup>. Soutenue par la doctrine<sup>315</sup>, la loi de 1942 et l'ordonnance de 1945 ont ainsi introduit dans le Code pénal le délit d'actes impudiques et contre-nature avec un mineur de 21 ans ayant le même sexe que l'auteur<sup>316</sup>. Selon É. GARÇON, ce texte de loi était une reprise des tentatives jurisprudentielles<sup>317</sup>.

M. FOUCAULT a bien montré qu'« à vouloir taire le sexe dans la loi, on a totalement libéré un juge judiciaire d'autant plus disert que le texte applicable est muet »<sup>318</sup>. Ainsi, la jurisprudence s'est investie d'un rôle tendant à déterminer les mœurs de son temps, n'hésitant pas à contraindre le législateur à aller plus loin dans la pénalisation des fantasmes considérés comme

---

<sup>309</sup> M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, op. cit., p. 178.

<sup>310</sup> J. DANET, « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », art. préc., spéc. p. 100.

<sup>311</sup> Cass. crim. 9 mars 1905, SIMONIN, B, 112.

<sup>312</sup> Trib. corr. Seine, 26 février 1932 ; *Gaz. Pal.* 1932. 1. 778 ; Trib. corr. Seine, 11 janvier 1912 ; *Gaz. Pal.* 1912, 1, 63.

<sup>313</sup> Cass. crim. 24 juillet 1937 ; REVARDEAU, *Gaz. Pal.* 1937,2,761 ; Cass. crim. 30 janvier 1937 ; PARRINI, *Gaz. Pal.* 1937,1,721.

<sup>314</sup> M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, 2005, p. 179.

<sup>315</sup> Dans la revue trimestrielle de droit civil, le professeur P. JETAZ critique violemment la loi portant abrogation du délit d'homosexualité, en insistant successivement sur « le malheur d'être homosexuel » et sur « le droit de dissuader la jeunesse » (*RTDC*, 1982, p. 795-801). Messieurs MERLE et VITU qualifièrent le mouvement fort favorable à la dépénalisation de « tendance adhérente » propre à « permettre n'importe quel dévoiement des adolescents et à donner satisfaction aux instants pervers des pédérastes » in *Traité de droit criminel*, Tome 2, Cujas, 1982, p. 1517, cité par M. BONINCHI, *Vichy et l'ordre moral*, op. cit., p. 179.

<sup>316</sup> Voir *supra* n° 56.

<sup>317</sup> É. GARÇON, *Code pénal annoté*, op. cit.

<sup>318</sup> J.-P. ROYER, « L'homme et le droit », art. préc., spéc. p. 598.

déviant. Cependant, si la pénalisation de la moralité privée semblait gagner du terrain sous l'impulsion des juges, l'autre facette des mœurs, celle de la moralité publique, en perdait.

**98. Une pénalisation limitée, les messages contraires à la décence.** Concernant l'outrage aux bonnes mœurs, les parquets semblaient hésitants à poursuivre, notamment du fait de l'imprécision de la notion et de la gravité des sanctions prévues. Les termes retenus par l'article 289 de l'ancien Code pénal permettaient aux magistrats d'exclure certains comportements du champ infractionnel, témoignant d'une certaine réticence quant à l'application de l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs. De fait, en adoptant la contravention des messages contraires à la décence par la loi du 6 août 1955 complétant l'article 483 du Code pénal en vue de réprimer certains abus en matière d'affichage<sup>319</sup>, le gouvernement espérait élargir les possibilités de poursuite. Peut-être était-ce le signe d'une libéralisation des mœurs suscitée par l'érotisation de la société, notamment dans le domaine publicitaire ? Quoi qu'il en soit, la réticence à poursuivre de la part de la jurisprudence faisait état de l'inadaptation de l'infraction à la société contemporaine.

En définitive, la jurisprudence a tiré le législateur dans deux sens opposés. Parfois, elle a initié la pénalisation de comportements fondés sur les mœurs, notamment dans le domaine privé. D'autres fois, elle a enjoint le législateur à limiter la répression de certaines atteintes aux mœurs, l'incitant à créer des incriminations aux peines amoindries, particulièrement dans le domaine public. La lourde tâche qui incombait au juge était celle de déterminer les mœurs de son temps et d'assurer l'adéquation du droit avec celles-ci. Si les magistrats ont parfois été contraints à l'interprétation par des incriminations volontairement imprécises, qui nécessitaient une application casuistique, ils usaient également de ce pouvoir pour influencer le législateur. Bien que l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal témoigne d'une évolution de la relation qu'entretenaient les magistrats avec les mœurs, cette transformation fut également impulsée par la jurisprudence elle-même, mais cette fois-ci, celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

---

<sup>319</sup> Loi n° 55-1056 du 6 août 1955 complétant l'article 483 du code pénal en vue de réprimer certains abus en matière d'affichage, *JO* du 9 août 1955.

## **B. Le juge se délivrant des mœurs**

**99. L'émancipation affichée du juge pénal.** Après avoir longtemps été lié aux mœurs, un mouvement d'émancipation a progressivement émergé. À cet égard, les juges européens sont intervenus, à diverses reprises, afin de limiter l'usage de l'arme pénale dans le domaine de l'intime. Convaincue qu'un certain respect de l'autonomie personnelle était nécessaire, la juridiction européenne a affirmé l'existence d'un droit à l'autodétermination, notamment au sein de la sphère privée et sexuelle (1). Néanmoins, bien que palpable, cette libération ne saurait être absolue. Nier cette réalité reviendrait à nier l'humanité inhérente à la justice qui ne peut se faire par des êtres entièrement inanimés et étrangers à toute morale. L'émancipation se révèle ainsi relative, les magistrats ne peuvent s'extirper tout à fait de leur environnement et de ses mœurs (2).

### *1. Une impulsion européenne*

L'émancipation du droit pénal vis-à-vis des mœurs contemporaine a en partie été impulsée par la Cour européenne des droits de l'homme. En effet, tout un mouvement de libéralisation du droit face à la morale est issu de décisions européennes, guidé par le souci de protéger « des droits non pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs »<sup>320</sup>. Selon un auteur, la Cour aurait favorisé une interprétation finaliste et évolutive, permettant sa constante adaptation à l'évolution des mœurs et des mentalités<sup>321</sup>.

**100. L'affrontement entre les mœurs et l'autodétermination**<sup>322</sup>. Dans un premier temps, l'arrêt *Pretty c/ Royaume-Uni*<sup>323</sup> permet à la Cour de reconnaître un droit à l'autodétermination, contenu au sein de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme (CESDH). Pour la première fois, l'autonomie personnelle apparaît comme un droit protégé et valorisé,

---

<sup>320</sup> CEDH 9 octobre 1979, n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*.

<sup>321</sup> A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 647 s., spéc. p. 648.

<sup>322</sup> Sur le sujet voir notamment H. HURPY, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015 ; S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination sur la personne humaine*, IRJS, 2018 ; M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018 ; R. PARIZOT, « L'autonomie personnelle, nouvelle valeur sociale protégée par le droit pénal ? », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 71 s. ; D. ROMAN, « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1508 s.

<sup>323</sup> CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*.

constituant l'un des aspects du droit au respect de la vie privée. Ainsi, la Cour, au sein du paragraphe 61, estime que « bien qu'il n'ait été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »<sup>324</sup>. Elle ajoute par ailleurs une définition de l'autonomie personnelle, à savoir que « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageable ou dangereuse pour sa personne »<sup>325</sup>. Cependant, comme le relève S.-M. FERRIE « le droit à l'autodétermination peut sembler difficile à circonscrire, tant ses manifestations dépendent des choix effectués par les individus et sont donc aussi nombreuses qu'est fertile l'imagination humaine »<sup>326</sup>.

Néanmoins, cette avancée fut immédiatement nuancée, notamment en raison de l'absence de consensus entre les États membres sur la question du droit au suicide. Embarrassée par l'incidence que pouvait avoir cet arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme en atténuait instantanément la portée<sup>327</sup> en ces termes : « l'article 2 [de la Convention, garantissant le droit à la vie,] ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir ; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie »<sup>328</sup>. Toutefois, la pierre était posée, l'autonomie personnelle venait d'être consacrée par la jurisprudence européenne. Bien que cette décision se réfère au suicide assisté, l'adversaire de la morale, le droit à l'autodétermination, eut de nombreux retentissements sur les infractions sexuelles. La consécration de l'autonomie personnelle conduit à déporter l'auteur du choix. Il ne s'agit plus de laisser à une instance extérieure et absolue la possibilité de choisir pour l'individu. La morale s'efface derrière l'individu qui, en tant qu'être à part entière, est en mesure de choisir la vie qu'il décide de mener.

**101. Un affrontement déjà existant.** Il convient de préciser que, sans le nommer, le droit à l'autonomie personnelle semblait déjà influencer la Cour européenne des droits de l'homme. Dès 1981, la jurisprudence européenne avait permis un recul de l'influence des mœurs sur le

---

<sup>324</sup> CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 61.

<sup>325</sup> *Ibid.* § 62.

<sup>326</sup> S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, *op. cit.*, p. 26.

<sup>327</sup> O. BACHELET, « Droit au suicide : un nouveau jalon posé par la Cour européenne », *Dalloz actualité*, 3 février 2011.

<sup>328</sup> CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni*, § 39.



droit pénal. En effet, le 22 octobre 1981, l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni* reconnaissait un principe de liberté du comportement sexuel. Alors qu'à cette époque la sexualité se heurtait aux frontières de la morale, la Cour n'a pas hésité à s'en détacher, reconnaissant que « le but général de la législation incriminée demeure la protection de la morale, au sens de normes morales reçues en Irlande du Nord »<sup>329</sup> avant d'affirmer que « l'accomplissement d'actes homosexuels par autrui et en privé peut lui aussi heurter, choquer ou inquiéter des personnes qui trouvent l'homosexualité immorale, mais cela seul ne saurait autoriser le recours à des sanctions pénales quand les partenaires sont des adultes consentants »<sup>330</sup>. En 1983, cette dernière réitère à travers l'arrêt *Norris c/ Irlande*<sup>331</sup>. En l'espèce, le gouvernement irlandais revendiquait son droit à maintenir une législation réprimant l'homosexualité. L'État considérait qu'il était de son devoir de définir la « fibre morale »<sup>332</sup> de sa Nation. La Cour mobilisa les principes dégagés précédemment par l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, rappelant que le recours à des sanctions pénales lorsque les partenaires sont des adultes consentants, ne pouvait être autorisé par l'inquiétude des personnes considérant l'homosexualité immorale<sup>333</sup>. La jurisprudence européenne est alors intervenue pour limiter l'influence de la morale sur le droit dans le domaine de la vie privée.

**102. Le retrait fracassant des mœurs en matière de sexualité.** À plusieurs reprises, les décisions de la CEDH persistent dans leur volonté d'affirmer une séparation hermétique entre les mœurs et le domaine juridique, particulièrement lorsque l'interférence se fait dans le domaine privé. Lors du fameux arrêt *K.A et A.D c/ Belgique*, relatif à des faits de sadomasochisme particulièrement violents, la Cour rappelle à la Belgique que la moralité ne peut à elle seule justifier les atteintes portées à une liberté consensuelle. « Si une personne peut revendiquer le droit d'exercer des pratiques sexuelles le plus librement possible, une limite (...) est celle du respect de la volonté de la victime de ces pratiques, dont le propre droit au libre choix quant aux modalités d'exercice de sa sexualité doit aussi être garanti »<sup>334</sup>.

---

<sup>329</sup> CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ R-U*, § 46.

<sup>330</sup> *Ibid.* § 60.

<sup>331</sup> CEDH 26 octobre 1988, n° 10581/83, *Norris c/ Irlande*.

<sup>332</sup> *Ibid.* § 43.

<sup>333</sup> *Ibid.* § 46.

<sup>334</sup> CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique*, § 84.

Particulièrement commenté et contesté<sup>335</sup>, cet arrêt marque une évolution dans l'appréhension des mœurs par la Cour elle-même. Cette décision s'oppose à la portée d'un arrêt précédent, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* en date du 19 février 1997<sup>336</sup>. Il est intéressant de constater l'effort de la juridiction européenne pour tendre à davantage de distinction entre les mœurs et le droit pénal. En effet, en 1997, quoi que déguisées en raisons objectives de santé publique, ce sont sans doute des considérations morales qui ont justifié la licéité de la sanction pénale concernant des faits de sadomasochisme. L'opinion concordante du juge français PETTITI confirme cela, puisqu'il n'hésite pas à déclarer que « les dangers d'un laxisme effréné [peuvent] conduire du libertinage à la pédophilie [...] ou à la torture d'autrui. La protection de la vie privée est la protection de l'intimité et de la dignité de la personne et non la protection de l'indignité de celle-ci ni la promotion de l'immoralisme délictuel »<sup>337</sup>. De même, les considérations de LORD TEMPLEMAN étaient loin d'être équivoques : « la société a le droit et le devoir de se protéger contre le culte de la violence. Il est pervers de tirer du plaisir de la souffrance d'autrui. La cruauté est barbare ». Le moralisme latent de cette décision s'évanouit en 2005, grâce à l'arrêt *K.A et A.D. c/ Belgique*. Les juges européens, à travers cette décision, ont permis au sadomasochisme, ainsi qu'aux infractions fondées sur les mœurs, de « s'affranchir de la morale traditionnelle et du discours médical, qui obscurcit souvent l'analyse juridique »<sup>338</sup>.

**103. Une émancipation prenant racine dans le consensus.** À cet égard, J.-L. RENCHON s'interroge sur le fait de « savoir s'il est raisonnable et démocratique que sept juges puissent s'attribuer la compétence de prendre de telles options qui, tout à la fois, balaient les choix démocratiques jusque-là effectués par un certain nombre d'États européens de circonscrire les limites de la liberté sexuelle et engagent aussi profondément la manière dont la communauté des hommes appréhende le "principe d'humanité" dans le champ de la sexualité humaine »<sup>339</sup>. F. TULKENS répond à cette interrogation en arguant du fait que la « Cour européenne des droits de l'homme, qui n'a certainement pas la prétention d'être parfaite ni infaillible, méritait des critiques plus fondées au regard précisément de l'engagement des États qui ont adhéré à la

---

<sup>335</sup> Voir notamment M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973 s. ; B. LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits* 2009, n° 49, p. 57 s. ; J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s.

<sup>336</sup> CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

<sup>337</sup> *Ibidem*.

<sup>338</sup> D. BORILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 11.

<sup>339</sup> J.-L. RENCHON, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? À propos de l'arrêt *K.A et A.D c/ Belgique* du 17 février 2005 de la CEDH », in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, LGDJ, 2007, p. 1309 s., spéc. p. 1320.

Convention d'accepter le contrôle d'une juridiction supranationale (avec des juges élus, ne l'oublions pas), qui exercent le contrôle du tiers »<sup>340</sup>. Soulignons également la prise en compte de ces mêmes États membres par la CEDH, qui sonde régulièrement l'existence d'un consensus. J.-L. RENCHON ne peut nier le fait que, se rangeant aux côtés de la majorité, la Cour limite parfois son intervention tendant à réduire l'influence des mœurs sur le droit.

En effet, dans certains domaines loin de faire l'unanimité, la Cour se fait discrète. La volonté de ne pas bousculer les États se perçoit aisément sur quelques sujets complexes, tels que la prostitution. À la recherche d'un consensus ou d'une majorité, la Cour européenne des droits de l'homme hésite parfois à imposer le retrait de toute morale dans la sphère juridique, elle-même tributaire des mœurs des États qu'elle regroupe. De fait, dans l'affaire *Tremblay c/ France*, la Cour souligne « qu'il est manifeste qu'il n'y a pas de consensus européen quant à la qualification de la prostitution en elle-même », avant de préciser qu'elle considère « la prostitution incompatible avec les droits et la dignité de la personne humaine dès lors qu'elle est contrainte ». La CEDH se fait alors timide. La difficulté face à laquelle elle se trouve, celle de trancher des débats sociétaux particulièrement houleux, nécessite de prendre parfois certaines précautions.

De la même façon, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) évite de se positionner sur la délicate question de la prostitution. Dans l'affaire *Aldona Malgorzata Jany et autres*, elle affirme qu'« en ce qui concerne l'immoralité de l'activité de prostitution, évoquée par la juridiction de renvoi, il importe de rappeler également que, ainsi que la Cour l'a déjà jugé, il ne lui appartient pas de substituer son appréciation à celle des législateurs des États membres où une activité prétendument immorale est légalement pratiquée »<sup>341</sup>.

Pour autant, il est indéniable que la CEDH est à l'origine d'une jurisprudence éminemment libératrice du droit vis-à-vis de la morale. Les retombées de ces décisions sont certaines, inspirant la législation de ses États membres récalcitrants, mais pas seulement. En effet, jusqu'aux États-Unis, sa jurisprudence résonne et la décision de la Cour suprême, *Lawrence c/ Texas* du 26 juin 2003<sup>342</sup>, s'en inspire afin de stigmatiser la répression pénale des relations homosexuelles. De même, en 1998, la Cour constitutionnelle sud-africaine conclut à la

---

<sup>340</sup> F. TULKENS, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2008, n° 48, spéc. p. 45.

<sup>341</sup> CJUE 20 novembre 2001, C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany e.a.*, § 56.

<sup>342</sup> Supreme Court, 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558.

reconnaissance d'une liberté en matière sexuelle, indépendamment du sexe du partenaire, dans des termes sensiblement identiques à ceux employés par la CEDH<sup>343</sup>.

Cependant, une question demeure : jusqu'à quel point les juges actuels se sont-ils libérés de l'influence des mœurs ? Si tout concorde à limiter l'interférence entre droit et morale, qu'il s'agisse de la réforme du Code pénal et l'usage de termes plus scientifiques, ou de l'influence de la CEDH qui tente de cloisonner le rôle moral du législateur et, par effet de ricochet, celui du juge, peut-on réellement proclamer l'existence d'une émancipation totale ?

## 2. Une émancipation mesurée

**104. Une émancipation légale.** Il est évident que l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal a contraint le juge national à limiter son rôle interprétatif. Les termes empruntant uniquement au champ lexical de la morale ayant disparu, il n'était plus de son ressort de déterminer les mœurs de son époque. L'interférence entre la morale et le droit n'était plus délibérément circonscrite en la personne du juge. Si le texte enjoignait les magistrats à se référer aux mœurs dans l'ancien Code pénal, le nouveau texte effectue un revirement notable. La volonté de nommer de façon précise, presque scientifique, la sexualité conduit à l'émancipation du juge. Les magistrats redeviennent les bouches de la loi et s'extirpent de leur rôle de sondeur des mauvaises mœurs.

**105. Une influence réaliste.** Néanmoins, peut-on affirmer que l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal a permis une émancipation totale et complète du juge ? Peut-on imaginer que derrière la fonction, l'homme disparaît tout à fait ? Limiter légalement l'influence des mœurs sur le juge, est-ce suffisant pour affirmer que ces dernières ne sont plus d'aucun effet ? À cet égard, la vision légaliste selon laquelle le juge n'est qu'un « être inanimé »<sup>344</sup> a été régulièrement remise en cause par des auteurs, majoritairement d'origine anglo-saxonne<sup>345</sup>, insistant sur l'importance de l'interprétation et de l'adaptation de la loi au cas d'espèce. À cette

---

<sup>343</sup> Cons. const. sud-africaine 9 octobre 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v Minister of Justice and others*, § 32 : « Privacy recognises that we all have a right to a sphere of private intimacy and autonomy which allows us to establish and nurture human relationships without interference from the outside community. The way in which we give expression to our sexuality is at the core of this area of private intimacy. If, in expressing our sexuality, we act consensually and without harming one another, invasion of that precinct will be a breach of our privacy »

<sup>344</sup> C. DE MONTESQUIEU, *L'esprit des lois*, op. cit.

<sup>345</sup> Voir par exemple les travaux du juge HOLMES aux États-Unis

opposition sur le rôle des juges, une conception plus radicale s'est ajoutée, celle des « réalistes »<sup>346</sup>. Caricaturalement, cette vision est synthétisée par la formule « *justice is what judges ate for breakfast* »<sup>347</sup>. Pour les défenseurs de cette conception, il s'agit de souligner l'importance des paramètres exogènes influençant le rendu des décisions de justice<sup>348</sup>. S'il est évident que les sources d'influence sont diverses et multiples, il semble tout aussi évident que les mœurs en font partie. Il est impensable d'imaginer que les juges, qu'ils soient professionnels ou non, rendent des décisions *hors sol* et *hors temps*, de façon tout à fait désincarnée<sup>349</sup>. Ces hommes et femmes ne peuvent être extraits entièrement de leur espace et de leur époque. Ils puisent irrémédiablement leur savoir au sein de l'expérience individuelle ou collective. S'il est exact que les termes présents dans le Code pénal tendent à davantage d'objectivité, la justice reste une activité humaine.

**106. Des traces d'influence**<sup>350</sup>. De même, certaines infractions comportent encore une part d'obscurité permettant au juge de les adapter aux fluctuations des mœurs. Ainsi, les messages contraires à la décence<sup>351</sup>, ou encore les messages pornographiques, violents ou de nature à porter atteinte à la dignité, accessibles aux mineurs<sup>352</sup>, sont autant d'infractions qui ne relèvent pas du juste ou de l'injuste, mais du bien ou du mal<sup>353</sup>. Leurs imprécisions rendent au juge le rôle qu'il endossait jadis lorsque celui-ci devait se prononcer sur la consistance des bonnes mœurs. Ainsi, J. LEONHARD affirme que « la subjectivité est omniprésente lorsqu'il s'agit d'analyser une œuvre ou un message pornographique »<sup>354</sup>. Le juge retrouve sa fonction de censeur des émotions malsaines. L'effort évident du législateur dans le choix terminologique du Code pénal ne semble pas suffire à garantir une émancipation totale. Certaines infractions induisent inévitablement un recours aux mœurs. Les infractions sexuelles, dans leur généralité, ne sont pas pour autant protégées de cette influence morale qui exerce, au même titre que d'autres paramètres exogènes, un retentissement sur les décisions juridiques. En effet, s'il est évident que cette fonction induite par le législateur demeure limitée, les mœurs exercent encore

---

<sup>346</sup> A. PHILIPPE, « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions de justice », *Les Cahiers de la justice*, 2015, n° 4, p. 563 s., spéc. p. 565 s.

<sup>347</sup> Formule traditionnellement attribuée à J. FRANK, philosophe américain de la première moitié du XXe siècle.

<sup>348</sup> *Ibid.* p. 563 s., spéc. p. 576.

<sup>349</sup> *Ibidem.*

<sup>350</sup> Sur l'émergence d'un juge « arbitre » et d'un juge « contrôleur » voir V. MALABAT, « Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque », *Revue de droit d'Assas*, février 2012, n° 5, p. 83 s., spéc. p. 86 s.

<sup>351</sup> Article R. 624-2 du Code pénal.

<sup>352</sup> Article 227-24 du Code pénal.

<sup>353</sup> Voir *infra* n° 177 s.

<sup>354</sup> J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, *op. cit.*, p. 43.

sur les décisions de justice une forme d'emprise. Le nier reviendrait à refuser toute humanité à la justice.

Afin de cerner davantage l'influence des mœurs sur le juge pénal à travers les époques, il semble nécessaire de revenir sur les caractéristiques de ce rôle divinatoire. Quelles sont les formes d'influence ? Comment se matérialisent-elles ? Où le juge pénal puise-t-il sa connaissance de l'état des mœurs ? Il s'agira de s'attarder sur la particulière difficulté à connaître l'état des mœurs, ainsi que sur le phénomène d'inter-normativité suscité par cette quête.

## § 2 – Le rôle divinatoire du juge pénal

**107. Juge pénal et appréciation de la morale.** Le rôle du juge pénal dans la détermination des mœurs le contraint à chercher et déterminer l'état actuel de la morale. À ce titre, les magistrats vont arborer un rôle divinatoire destiné à sonder la majorité des citoyens ou à rechercher son émanation au sein des experts. Plongé dans une quête inépuisable, le juge pénal va rechercher la manifestation des mœurs chez divers protagonistes plus ou moins garants d'une forme d'objectivité. Le droit va alors se mêler à d'autres domaines, contribuant à créer un phénomène d'« inter-normativité »<sup>355</sup> destiné à « prendre en charge le contenu d'autres normes »<sup>356</sup>. L'emprise des mœurs sur le droit engendre alors une mosaïque d'influences qui se normalisent.

L'inépuisable quête tendant à déterminer la nature des mœurs (**A**) conduit à un phénomène d'« inter-normativité », au sein duquel le droit devient poreux avec tout ce qui entrerait en contact avec lui (**B**).

### **A. Une quête inépuisable**

**108. Sonder l'insondable.** Afin de déterminer la nature des mœurs, les magistrats vont puiser à divers endroits des mécanismes d'appréciation. L'opinion publique va alors se présenter comme un allié utile. Le juge pénal ne se fie plus à sa conception personnelle, mais à celle de la majorité, ou en tout cas, d'une partie de la population sachant se faire entendre (**1**).

---

<sup>355</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 147 s.

<sup>356</sup> *Ibidem*.

Par ailleurs, cette quête d'objectivité va le plonger dans une sphère presque scientifique, celle des experts. Tous les experts artistiques, psychiatriques, médicaux vont être invoqués afin de connaître la consistance des mœurs d'une époque, présentant l'intérêt d'une certaine objectivité (2).

### *1. La recherche de l'opinion publique*

**109. Le droit pénal sous les projecteurs.** A. DE TOCQUEVILLE, lors de son voyage en Amérique, constate une forme de tyrannie de la majorité dans ce pays outre-Atlantique. Traversant les siècles et les océans, ce phénomène n'a pas épargné la France. Aujourd'hui, « la diffusion instantanée de l'information par les communications électroniques, associée aux sondages consécutifs à toutes sortes d'événements »<sup>357</sup> permettent de concevoir l'exercice de cette même tyrannie. Toutefois, il n'a pas fallu attendre les réseaux sociaux pour que la voix de l'opinion publique parvienne jusqu'aux juges. En effet, le droit pénal apparaît comme le droit le plus exposé. À la lumière de tous, il est soumis aux passions individuelles et collectives. Bien qu'indépendant et impartial le juge ne peut être insensible à ces coups de théâtre<sup>358</sup>.

**110. Une recherche nécessaire.** Au regard de l'ancien Code pénal, les magistrats étaient enjoins par le texte à déterminer les mœurs de leurs temps, par l'analyse des passions<sup>359</sup>. En effet, afin de fixer la limite entre le convenable et l'inconvenant, les magistrats devaient recourir aux mœurs présentées comme universelles et transcendantes, se référant pour cela à la morale du plus grand nombre. L'ancien Code pénal ne laissait pas d'autres possibilités. L'usage des termes tels que « mœurs », « décence » ou « débauche », incitait les magistrats à se positionner sur le contenu réel des infractions. À la recherche d'un consensus mystique, les juges n'hésitaient pas à faire expressément référence à l'opinion publique. À ce titre, concernant l'outrage à la pudeur, certains arrêts justifiaient leur décision par le fait que « le but de la loi est de protéger la pudeur publique [...] contre l'expression de la pensée, quelle que soit la forme qu'elle revêt, lorsque, s'arrogeant toute licence, elle en arrive à enfreindre les règles de décence et de convenance communément reçues et dont la violation provoque l'indignation collective et la réprobation publique »<sup>360</sup>. Les magistrats mentionnaient l'existence d'un « sentiment

---

<sup>357</sup> J.-H. ROBERT, « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs* 2009, n° 128, p. 103 s., spéc. p. 105.

<sup>358</sup> Sur l'influence de l'opinion publique sur le législateur voir *infra* n° 258 s.

<sup>359</sup> Voir *supra* n° 88 s.

<sup>360</sup> CA Paris, 12 mars 1958 ; *D.* 1958, p. 608, note F.G.

collectif »<sup>361</sup>, mais aussi la nécessité de tenir compte « de toutes les manifestations d'opinions exprimées sous des formes diverses »<sup>362</sup>. F. OST et M. VAN DE KERCHOVE indiquent que « le juge ne peut se laisser guider par sa subjectivité, le critère de la répression réside tout entier dans le sentiment collectif de la pudeur. Seules les valeurs bénéficiant du consensus social méritent protection pénale. La pierre d'angle de tout l'édifice [...] réside donc dans l'opinion publique et le consensus qui s'en dégage »<sup>363</sup>.

Bien que les manifestations de cette opinion soient diverses, le critère le plus évident de la réaction sociale à l'immoralité est évidemment celui du scandale. Il est l'élément le plus à même de déterminer si la pudeur publique est heurtée. Il manifeste la réalité de l'outrage aux bonnes mœurs. Porté par la voix des associations, des journaux ou des réseaux sociaux, le caractère distinctif de l'outrage aux bonnes mœurs est effectivement « de causer un scandale, de faire rougir la pudeur, le choquer l'honnêteté de ceux qui en sont les témoins »<sup>364</sup>.

Si cette référence à l'opinion publique semble évidente sous l'égide de l'ancien Code pénal, l'entrée en vigueur de son successeur n'a pas pour autant su faire taire la voix du peuple qui continue encore d'interférer avec la jurisprudence.

**111. Une rencontre inévitable.** L'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et la recherche de l'objectivité par l'usage d'une terminologie plus scientifique, n'ont pas eu pour effet d'étouffer l'influence de l'opinion publique. En effet, certaines infractions telles que les messages contraires à la décence, manifestent de façon évidente cette influence entre le juge et les mœurs.

Plus encore, les infractions touchant à la sexualité sous tous ses angles alimentent les médias et, insidieusement, cela se reflète sur le juge contemporain<sup>365</sup>. Si son rôle est aujourd'hui davantage tourné vers une quête d'objectivité, si les termes ne laissent plus expressément place à une fonction divinatoire, il n'en demeure pas moins que les magistrats sont soumis à leur époque et aux acclamations populaires. Ces derniers doivent jongler entre divers outils permettant de mettre en exergue la voix du peuple.

---

<sup>361</sup> Trib. corr. Paris, 12 janvier 1972 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, Somm. 114.

<sup>362</sup> TGI Paris, 8 novembre 1976 ; *D.* 1977. 320, note ROLLAND ; *JCP* 1979. II. 19044, note BLIN.

<sup>363</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Bonnes mœurs et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, op. cit., 1981, p. 107.

<sup>364</sup> A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., p. 207.

<sup>365</sup> Voir *infra* n° 261 s.



Les médias tout d'abord, ont une influence immédiate. Ils sont un lien efficace entre les juges et l'opinion publique. A. GARAPON affirmait que « lorsque la presse s'empare d'un procès, elle ne se borne pas à expliquer le travail de la justice ou à démontrer son mauvais fonctionnement : elle caresse le désir de se substituer au juge et de juger à sa place »<sup>366</sup>. Comme si la décision devenait une cohabitation entre les magistrats professionnels et l'opinion publique, la justice sort alors de ses murs<sup>367</sup>. En livrant une vérité prématurée, les journalistes influencent inévitablement le comportement des magistrats et celui des jurés. « Il est difficile pour les jurés comme pour les magistrats, de distinguer entre leçon de morale et décision judiciaire »<sup>368</sup>.

Il arrive même que la procédure pénale soit détournée afin de satisfaire les acclamations de la population<sup>369</sup>. De fait, la prescription de l'action publique apparaît particulièrement exposée et soumise aux regards<sup>370</sup>. Poussée par l'incompréhension, l'opinion publique tend à adopter les avis relégués par les médias au point de percevoir la prescription de l'action publique à travers un prisme déformant. Il est aisé de constater que la foule citoyenne, lorsqu'elle est saisie par les informations de masse d'un fait criminel, réclame davantage de répression. Selon D. SALAS : « Autour de la justice et au sein même de son activité, gravitent les sommations multiples et déstabilisantes, souvent contradictoires, du tribunal de l'opinion. Celle-ci, il faut le rappeler, est une représentation construite par les sondages, la presse, les médias de masse (et les discours qui s'y affrontent) qui s'appuie sur les sentiments d'une population »<sup>371</sup>. La médiatisation de la justice conduit les citoyens à exercer une pression sans relâche sur les juges comme en témoigne le traitement de la prescription dans certaines affaires, telle que celle relative aux « disparues de l'Yonne ». Comment pouvait-on concevoir qu'Émile LOUIS, après avoir violé et tué sept jeunes femmes de la DDASS, ne soit pas jugé, et bien évidemment, condamné ? La Cour de cassation a été contrainte de rechercher un acte interruptif dont l'effet paraissait douteux en l'espèce, afin de répondre à ce besoin pressant de condamnation réclamé notamment par l'opinion publique<sup>372</sup>. En effet, un simple courrier rédigé par un substitut du procureur d'Auxerre, s'enquérant du sort de quatre jeunes filles disparues, a suffi pour anéantir la prescription que tout laissait supposer acquise. Sans cela, les retombées auraient été

---

<sup>366</sup> A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, 2001, p. 269.

<sup>367</sup> S. GUINCHARD, « Les procès hors les murs », in *Écrits en hommage de Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 201 s.

<sup>368</sup> A. CAZALS, « À la recherche de la vérité : l'office du juge », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 143 s., spéc. p. 145.

<sup>369</sup> Voir *infra* n° 259 s.

<sup>370</sup> *Ibidem*.

<sup>371</sup> D. SALAS, « Opinion publique et justice pénale. Une rencontre impossible ? », *Le Temps des médias* 2010, n° 15, p. 99 s., spéc. p. 99.

<sup>372</sup> Cass. crim. 20 février 2002, *Bull. crim.* n° 42.

catastrophiques, car le regard médiatique cherche des coupables, des responsables. En dépit de leur devoir d'impartialité, les magistrats sont évidemment influencés par cette opinion informelle.

**112. Les jurés et les médias.** En Cour d'assises, l'interférence entre l'opinion publique, véhiculée par les médias et les jurés non professionnels se fait particulièrement ressentir. À cet égard, A. PHILIPPE et A. OUSS ont réalisé une étude économétrique soulignant l'impact que pouvait avoir sur les décisions rendues, la diffusion de faits divers par les journaux télévisés de 20h sur TF1 ou sur France 2. Les résultats mettent en évidence des peines moindres lorsque le reportage concernait une erreur judiciaire, et à l'inverse, les peines augmentaient lorsqu'il s'agissait d'un fait divers criminel. En revanche, cette recherche enseigne qu'aucun effet n'apparaît lorsque les décisions étaient rendues par les tribunaux correctionnels. De quoi relancer les discussions sur les juges professionnels et des jurés d'assises<sup>373</sup>. S'il est difficile d'imaginer des magistrats *hors sol*, il est sans doute possible d'effectuer le postulat suivant lequel les juges professionnels ne sont pas sensibles aux mêmes supports. Habités aux dossiers criminels et sans doute moins perméables aux pressions médiatiques, le *quiproquo* est moins évident entre l'affaire médiatisée et celle qu'il faut effectivement juger.

Un autre exemple fréquemment exposé concerne le procès de Christian RANUCCI. En effet, le 17 mars 1976, en France, Patrick HENRY est arrêté pour l'enlèvement et le meurtre d'un enfant. Cette affaire eut un retentissement considérable dans les médias et dans l'opinion française, rendant célèbre la formule utilisée anaphoriquement lors du journal télévisé du TF1 le 18 mars « la France a peur »<sup>374</sup>. Quelques jours plus tard se tenait le procès de Christian RANUCCI, accusé de l'enlèvement et du meurtre d'un mineur. Conscient de l'influence potentielle qu'aurait pu avoir le traitement médiatique de l'affaire HENRY, maître P. LOMBART, avocat de la défense, s'adressa de la sorte aux jurés : « N'écoutez pas non plus la rumeur ignoble. N'écoutez pas l'opinion publique qui gratte à la porte de cette salle. Elle est une prostituée qui tire par la manche, il faut la chasser de nos prétoires car, lorsqu'elle entre par la porte, la justice sort par l'autre ». Malgré tout, l'écho de l'opinion publique traversa les murs des assises, Christian RANUCCI fut condamné à mort.

---

<sup>373</sup> L. BRUNIN et H. EPINEUSE, « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire ? », *Les Cahiers de la justice*, 2015, n° 4, p. 505 s. Sur l'émergence de juridictions sans jurés : les cours criminelles, voir *infra* n° 332.

<sup>374</sup> Précisons que par l'usage de cette formule, Roger GICQUEL appelait à une maîtrise des émotions, afin d'éviter le risque d'une justice expéditive.

Enfin, précisons qu'aujourd'hui, les journaux télévisés ne sont plus l'unique source d'information des jeunes générations de jurés. Les réseaux sociaux multiplient les supports de l'influence et cette étude menée entre 2004 et 2010 mériterait d'être actualisée au regard de ces nouvelles sources d'informations immédiates, si tant est que cela soit possible tant les supports sont multiples.

Le juge oscille donc entre le sacrifice au consensus et l'inclinaison impartiale qui tend à l'ignorer tout à fait ; sans pour autant se résoudre ni à s'infléchir devant l'opinion publique, ni à s'en extraire tout à fait. Quoi qu'il en soit, la voix populaire n'est jamais très loin des magistrats. Acteur paradoxal qu'il faut suivre et ne pas suivre, son influence ne peut être tout à fait niée. Toutefois, souhaitant se garantir de toute subjectivité, les juges font également appel aux experts dont la robe scientifique permet un appui plus stable, quoi que parfois tout aussi dangereux.

## *2. La recherche de l'expertise*

**113. Les experts, garants d'objectivité.** Si l'opinion publique renferme les difficultés de l'instabilité, d'autres indices révèlent l'état actuel des mœurs. Souhaitant se garantir de toute pression populiste, les magistrats invoquent d'autres individualités ayant vocation à déterminer les limites de la loi. Ainsi trouvent-ils auprès des différents experts (critiques cinématographiques, journalistes spécialisés, psychiatres, neurologues), une interprétation plus fiable que celle émanant de l'opinion publique<sup>375</sup>. Si leur avis n'est pas systématiquement suivi, il n'en demeure pas moins pris en compte, tant cette quête éperdue d'objectivité est une quête infinie.

Les experts sont les connaisseurs d'un domaine précis. Leur voix est empreinte de sagesse car ces derniers sont considérés comme les scientifiques susceptibles de donner une assise objective et délestée de tout pathos aux décisions rendues. « À la faveur de tel ou tel procès d'assises, qui n'a pas pu constater combien les conclusions d'un expert psychologique, d'un expert psychiatre, d'un expert balistique, d'un expert en gynécologie, étaient constatées à l'audience tant leur portée et leurs conséquences étaient grandes et susceptibles d'influencer sérieusement

---

<sup>375</sup> F. OST et M. VAN KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 112.

la conviction des jurés ? »<sup>376</sup>. Nombreux sont les cas où l'expertise se présente comme le pivot du procès, sa clef de voûte.

**114. Une objectivité relative.** Toutefois, derrière l'image scientifique, les experts sont également porteurs d'une certaine morale, personnelle ou partagée, de nature à influencer les juges. Leur objectivité et leur neutralité connaissent nécessairement des limites, dont l'histoire révèle les contours. À cet égard, l'appréhension de l'attentat à la pudeur témoigne de la réelle influence des experts sur les décisions de justice, quand bien même celle-ci ne serait pas tout à fait impartiale. Longtemps, les éléments constitutifs de cette infraction ont été limités à l'exercice d'une violence effective. Les rapports des experts au milieu du XIX<sup>ème</sup> siècle résistent à la volonté de condamner des individus sur le fondement d'une violence morale, insistant sur la nécessité de rechercher des marques sur le corps de l'enfant afin de caractériser l'infraction<sup>377</sup>. Dans les traités de médecine légale des années 1860-1880, tel que celui de H. LEGLUDIC, les experts s'intéressent également aux « habitudes d'onanisme »<sup>378</sup> chez l'enfant qui ne doivent être confondues avec une agression sexuelle. Dès lors, la méfiance se tourne vers le mineur et les vices qu'il peut manifester. La personne de l'expert va faire émerger l'idée d'un enfant pervers de nature à influencer les décisions de justice. Il faut acquérir la certitude que la victime n'a pas été complaisante, qu'elle n'a pas déjà été initiée aux pratiques sexuelles. « Les médecins, cherchent les signes d'une pratique masturbatoire ou d'une virginité perdue qui ternirait la pureté supposée de l'enfant et disqualifierait son accusation »<sup>379</sup>. S'il est excessif de considérer le discours médical parfaitement homogène et généralement hostile à l'enfant, certaines publications telles que celles d'E. DUPRE<sup>380</sup> consacrées à la mythomanie, apportent une assise scientifique à la thèse des *faux attentats*. Partant, des arrêts empruntent les mots de l'expert pour expliquer le fait que les syndromes issus des agressions sexuelles sont sans doute le « résultat d'attouchements auxquels [ce mineur] aurait l'habitude de se livrer, attouchements assez fréquents chez les enfants »<sup>381</sup>. L'influence des experts ne fait aucun doute, l'image de l'enfant pervers se propage.

---

<sup>376</sup> T. MOUSSA, *Droit de l'expertise*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2015, p. 291.

<sup>377</sup> B. F. BRÄGGER, D. FINK, M. GRAF et S. STEINER, *Sexualité, délinquance et déviance*, Criminologie, 2015, p. 10.

<sup>378</sup> H. LEGLUDIC, *Notes et observations de médecine légale : attentats aux mœurs*, G. Masson, 1896, p. 140.

<sup>379</sup> A.-C. AMBROISE-RENDU, *Histoire de la pédophilie, XIXe-XXIe siècle*, Fayard, 2014, p. 77 s.

<sup>380</sup> E. DUPRE, *La Mythomanie. Étude psychologique et médico-légale du mensonge et de la fabulation morbide*, J. Gainche, 1905.

<sup>381</sup> B. F. BRÄGGER, D. FINK, M. GRAF et S. STEINER, *Sexualité, délinquance et déviance*, op. cit., p. 12 : A.D. Yvelines, 2U 1857, 2<sup>ème</sup> session du 12 au 18 mai.

De même, à partir des années 1860, les magistrats n'hésitent pas à questionner le médecin de la sorte : « l'état des parties génitales dénote-t-il des habitudes vicieuses ? »<sup>382</sup>. La référence aux « habitudes vicieuses » emprunte directement au champ lexical de la morale et induit nécessairement une appréciation subjective. À partir de quand une habitude peut-elle être considérée comme étant vicieuse ? Sous couvert de l'objectivité scientifique, l'expert induit inévitablement une appréhension relative des faits. De même, plus récemment, la Cour d'appel de Paris reprend les termes d'un expert pour désigner des images litigieuses d' « enfants de 16 ans et moins dans des positions scabreuses ainsi que des actes sexuels entre enfants »<sup>383</sup>. Le terme « scabreux » révèle une nouvelle fois l'existence d'une appréciation subjective. Cette terminologie se réfère au malsain ou à l'indécent et ne se limite pas à considérer la position comme étant seulement « sexuelle ». S'infiltrer au sein des mots l'idée d'un jugement moral.

Par ailleurs, dans le domaine artistique, la recherche de l'expertise a temporairement prospéré, notamment concernant l'outrage aux bonnes mœurs. Les experts étaient-ils plus à même de distinguer l'art de la pornographie ? Le doute est permis. Néanmoins, ces derniers attestaient de l'objectivité de la décision. Aux acclamations du peuple se sont substituées les appréciations des *connaisseurs* en matière artistique<sup>384</sup> comme si l'art pouvait être apprécié en toute neutralité. De fait, le tribunal de la Seine n'hésite pas à faire appel à un « membre de l'Académie française dont l'autorité et la sincérité en matière artistique et théâtrale ne peuvent être mises en doute »<sup>385</sup>. Toutefois, une telle démarche semble s'être évanouie puisque le juge pénal cherche désormais une certaine autonomie et ne se considère plus lié par les autorisations ou interdictions administratives. L'absence d'interdiction administrative « ne saurait être tenue pour un fait justificatif et priver les juges répressifs de leur pouvoir d'apprécier, au regard des seules dispositions pénales, si se trouvent réunis les éléments constitutifs de l'infraction dont ils sont saisis »<sup>386</sup>.

**115. Les risques d'une telle recherche, l'exemple des experts « psy ».** Si actuellement, les experts psychiatriques ou psychologiques sont des personnages phares de la procédure pénale,

---

<sup>382</sup> A. D. Seine maritime, 2U 2052, 1894.

<sup>383</sup> CA Paris, 1<sup>er</sup> avril 2008, JurisData n° 2008-362574.

<sup>384</sup> F. OST et M. VAN KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », art. préc.

<sup>385</sup> Trib. corr. Seine, 27 juillet 1908, cité par J. VANDERVEEREN, Observation sous Liège, 21 novembre 1950, *in* J.T., 1951, p. 197.

<sup>386</sup> Cass. crim. 26 avril 1983 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, Somm 2. ; CA Versailles, 2 octobre 1977 ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 192.

leurs interventions s'avèrent de plus en plus discutée. La place prépondérante de ces derniers a considérablement été remise en cause suite au drame d'Outreau. Comme le rapporte T. MOUSSA<sup>387</sup>, les membres de la commission parlementaire de l'Assemblée nationale se sont étonnés, voire offusqués, de ce que le juge s'en remette presque les yeux fermés à un ou plusieurs experts. Ces derniers soulèvent le fait que les magistrats, du fait de leur ignorance, n'ont pas été capables de prendre une distance suffisante par rapport aux conclusions desdits techniciens, reprochant ainsi à la justice « une valorisation excessive du rôle des experts »<sup>388</sup>. L'influence préoccupante des experts sur les magistrats, a conduit la Chambre criminelle de la Cour de cassation à rappeler qu'il était interdit pour les juges d'inviter les experts, sous couvert de la recherche d'éléments tendant à la vérité, à donner un avis juridique<sup>389</sup>, ou pire encore, à se prononcer sur la culpabilité de la personne mise en cause<sup>390</sup>. Les risques inhérents à une croyance aveugle en l'objectivité des experts ne font désormais aucun doute.

Néanmoins, la fonction de l'expert demeure essentielle<sup>391</sup>. En effet, les juges du quai de l'Horloge n'ont pas trouvé inconvenant le fait que les expertises psychiatriques ou psychologiques aboutissent à ce que le technicien envisage la culpabilité de la personne examinée. La Cour de cassation justifie cela en affirmant que ces derniers doivent permettre à la juridiction de jugement ou d'instruction d'apprécier le degré de responsabilité, mais également les sanctions idoines<sup>392</sup>. Pour autant, les juges conservent leur pouvoir souverain d'appréciation<sup>393</sup>. À cet égard un auteur se demande finalement « s'il est bien logique que le juge sollicite les conclusions des experts, en raison de sa propre incompétence technique, et se réserve en même temps la faculté de ne pas les suivre »<sup>394</sup>. Quoi qu'il en soit, l'expert ne donne en réalité qu'un avis, bien que ce soit toutes les garanties de l'objectivité qui transparaissent

---

<sup>387</sup> T. MOUSSA, *Droit de l'expertise, op.cit.*, p. 292.

<sup>388</sup> A. VALLINI et P. HOUILLON, Rapport de l'Assemblée nationale n° 3125 du 6 juin 2006, fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement, p. 159 s.

<sup>389</sup> Cass. crim. 9 juillet 2003, n° 03-81.944, *Bull. crim.* n° 137 ; *DMF* 2004, 128, obs. BOULOC.

<sup>390</sup> Cass. crim. 26 novembre 2002, n° 01-85.138.

<sup>391</sup> Voir également le dossier *AJ Pénal* avril 2008, spéc. M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ Pénal*, 2008, p. 161 s. ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000 s. ; D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme » ; *D.* 2008, p. 1841 s. ; PH. BONFILS, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 392 s.

<sup>392</sup> Cass. crim. 29 octobre 2003, n° 03-84.617, *Bull. crim.* n° 205.

<sup>393</sup> Cass. crim. 4 février 1965, n° 46-91.935, *Bull. crim.* n° 37 ; Cass. crim. 28 octobre 1971, n° 70-90.750, *Bull. crim.* n° 287.

<sup>394</sup> R. VOUIN, « Le juge et son expert », *D.* 1955, p. 131 s.

derrière lui<sup>395</sup>. À ce titre, E. ABOUCAYA s'interroge : « L'acte de juger peut-il se légitimer d'un avis expertal qui serait autre chose que l'alibi intellectuel d'une société en mal de sens ? »<sup>396</sup>. Si les recommandations sont nombreuses<sup>397</sup>, les experts restent des voix importantes du procès pénal, capables de le renverser tout à fait. La place de l'expert, quoique souvent décriée<sup>398</sup>, n'en demeure pas moins essentielle.

En conséquence, divers acteurs tendent à créer une confusion des discours par un système d'« inter-normativité » consistant à emprunter à divers domaines un champ sémantique varié, se détachant peu à peu du juridique pour y intégrer d'autres références.

### **B. Un phénomène d'« internormativité »**<sup>399</sup>

**116. La notion d'internormativité.** Cette saisie par le droit pénal de l'opinion publique ou de l'avis des experts, engendre inévitablement un phénomène d'inter-normativité qui conduit à faire entrer dans le champ pénal des éléments venus d'ailleurs. Selon J. CARBONNIER, ce procédé consiste à « prendre en charge le contenu des autres normes », puis à *juridifier* ces valeurs d'emprunt. Le juge va intégrer des éléments extérieurs qui lui ont servi à trancher un litige, et ce faisant, il leur octroie une place dans le monde juridique.

**117. L'étude de la mise en discours de la sexualité.** Concernant ce procédé, F. OST et M. VAN DE KERCHOVE ont mené une étude en Belgique tendant à mettre en évidence l'usage de certains termes employés par les juridictions prenant racine dans des champs lexicaux éparses. Cette étude était destinée à révéler le droit à travers la jurisprudence puisque ; comme l'affirme P. LEGENDRE, le texte légal, en lui-même, « ne dit rien »<sup>400</sup>. Face à la pauvreté du discours juridique, ces auteurs ont mis en exergue la diversité des expressions extra-juridiques en

---

<sup>395</sup> Sur les risques voir *infra* n° 463 s ; sur les possibilités d'amélioration des techniques actuelles, voir *infra* n° 473 s.

<sup>396</sup> E. ABOUCAYA, « De l'usage ou du mésusage de l'expertise devant les juridictions répressives », *AJ Pénal* 2006, p. 70 s., spéc. p. 70.

<sup>397</sup> Circulaire relative à l'amélioration du traitement judiciaire des procédures relatives aux infractions de nature sexuelle, ministère de la Justice, direction des affaires criminelles et des grâces, circulaire du 2 mai 2005, JUS D05-30075 C, CRIM-AP n° 05-10/E1-02-05-2005.

<sup>398</sup> E. ABOUCAYA, « De l'usage ou du mésusage de l'expertise devant les juridictions répressives », art. préc. ; L. BELLON, « Juges et psy : la confusion des langues », *RCS* 1999, p. 783 s. ; T.W. LEVI-FAICT et P. MISTRETTA, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », *Gaz. Pal.* 2019, n° 05, p. 84 s.

<sup>399</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, *op. cit.*, p. 147 s.

<sup>400</sup> P. LEGENDRE, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, 2005, p. 87.

montrant qu'une partie du discours jurisprudentiel relevait du champ lexical psychiatrique, socio-économique, anthropologique, esthétique, hygiénique mais également moral. Ainsi, l'emprise de la morale sur les magistrats transparait aisément, relativement dissimulée derrière certains adjectifs tels que « mauvais », « provoquant », « violent », « obscène », « pornographique », « impudique », « lascif »<sup>401</sup>...

Cette étude a par la suite été réactualisée et précisée par J. LEONHARD<sup>402</sup>, qui a relevé un certain nombre de termes relatifs de la débauche ou de la perversion dans la jurisprudence nationale. Elle soulève des qualificatifs tels que graveleux<sup>403</sup>, dégradant<sup>404</sup>, obscène<sup>405</sup>, provocant<sup>406</sup>, suggestif<sup>407</sup>, malsain<sup>408</sup>, cru<sup>409</sup>, pernicieux<sup>410</sup>... Grâce à cette analyse jurisprudentielle, il est permis de concevoir que si les termes de *bonnes mœurs* a disparu, son existence demeure et transparait derrière le langage utilisé par les juges.

---

<sup>401</sup> F. OST et M. VAN KERCHOVE, « L'outrage public aux bonnes mœurs : révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », art. préc.

<sup>402</sup> J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée, op.cit.*, p. 113.

<sup>403</sup> CA Rouen, 27 juin 1996, JurisData n° 1996-O46577 : plusieurs prévenus sont soupçonnés d'avoir recelé des images pédopornographiques. Pour la cour, lesdites images offrent « le spectacle de très jeunes filles, parfois partiellement dévêtues, filmées certes sans guère talent, mais jamais dans des situations évoquant de près ou de loin un érotisme **graveleux** (...) ».

<sup>404</sup> CA Aix-en-Provence, 7 mars 2006, JurisData n° 2006-312418 : le prévenu est poursuivi pour importation d'images pédopornographiques. L'expertise met en évidence des images de mineurs dans « des attitudes et postures (...) **dégradantes** »

<sup>405</sup> CA Grenoble, 21 juin 2006, JurisData n° 2006-314267 : le prévenu a détenu des images de mineurs présentant un caractère pornographique, des mineurs représentés dans des « positions équivoques, voire **obscènes** ».

<sup>406</sup> CA Grenoble, 21 juin 2006 : pour la cour, les images litigieuses « (...) méritent le qualificatif pornographique, les représentations mettant en scène des personnes exhibant de manière obscène et **provocante**, leurs corps dénudés et particulièrement leurs organes sexuels ».

<sup>407</sup> CA Douai, 16 mai 2007, JurisData n° 2007-337309 : le prévenu est poursuivi du chef de détention d'images pédopornographiques : « Le fait d'avoir détenu jusqu'au 24 novembre 2005 sur le disque dur de son ordinateur une image représentant son fils Aymeric affublé d'un sexe surdimensionné n'apparaît pas pénalement répréhensible dans la mesure où cette image, qui représente un nourrisson dont le sexe a été fictivement grossi par un effet de loupe, ne met en scène aucun acte ou posture **suggestive** ou licencieuse et ne présente aucun caractère pornographique ».

<sup>408</sup> CA Douai, 10 octobre 2007, JurisData n° 2007-349387 : le prévenu est poursuivi pour détention d'images pédopornographiques. Pour la cour, « le goût manifeste [du prévenu] pour des images mettant en scène des enfants dans des situations à caractère pornographique doit être rapproché des clichés pris par lui de sa propre petite fille (...), présentant un caractère manifestement **malsain** et pour le moins inadapté concernant une enfant de cet âge ».

<sup>409</sup> CA Paris, 2 avril 2002, JurisData n° 2002-172666 : le gérant de trois sites Internet proposant des images pornographiques est poursuivi sur le fondement de 227-24 du Code pénal : « étaient montré des organes génitaux féminins offerts, des organes génitaux masculins en érection et des actes de pénétration génitale, buccale, anale, des photos de transsexuels, images présentées en plans rapprochés, et assorties de commentaires particulièrement **crus** ».

<sup>410</sup> CA Toulouse, 12 janvier 2010, JurisData n° 2010-380928 : le prévenu, professeur de français dans un collège a mis en ligne sur son blog, destiné à apprendre aux jeunes à mieux parler et écrire, un texte qu'il aurait trouvé sur un autre site Internet. Ce dernier serait écrit par un mineur de 13 ans et qui raconte le viol d'une enfant de 6 ans par son père. Les juges considèrent que ce texte contient un « langage et style attractifs, ce qui le rend encore plus **pernicieux** ».



**118. Une conséquence du rôle divinatoire.** Le fait que certaines infractions dépassent le droit pour porter atteinte à la morale permet de mieux comprendre l'usage de termes dépassant également le domaine juridique. Puisque le juge n'a plus seulement la loi pour unique interlocuteur, mais que ce dernier se réfère aux citoyens et aux experts, il ne peut échapper au pluralisme sémantique. Les infractions sexuelles, à la croisée des chemins entre le juste et l'injuste, le bien et le mal, le permis et l'interdit, suscitent un discours surcodé et surdéterminé. Le juge est contraint d'opter pour une inter-normativité afin de définir et punir ce qui ne relève pas seulement du droit, mais également de la société. Le discours juridique étant insuffisant, la jurisprudence invoque d'autres domaines venus d'ailleurs, de façon quasi divinatoire, afin de justifier et d'assoir ses décisions. De fait, l'emprise de ces instances puissantes et masquées ainsi que l'emprise des mœurs et des citoyens qui les partagent, semblent manifestes à la lecture des décisions de justice.

**119. Conclusion de la Section 2.** Au regard de la rédaction des infractions contenues dans les deux sections relatives aux bonnes mœurs (« Outrage aux bonnes mœurs » et « Attentats aux mœurs »), les magistrats ont nécessairement été les premiers désignés pour préciser le domaine recouvert par la notion. Confrontés à la faiblesse de la rédaction légale, les juges ont dû user et épuiser leur rôle interprétatif en vue de donner un contenu objectif aux bonnes mœurs. Plus encore, ces derniers ont profité de l'imprécision des termes employés pour pénaliser des comportements qu'ils estimaient contraires à la morale. Les magistrats ont acquis un pouvoir créateur destiné à adapter le droit aux mœurs de leur époque. Pour cela, ils n'ont pas hésité à déformer les éléments constitutifs des infractions afin de faire entrer les comportements qui ne correspondaient pas à leur idée de la sexualité.

Par la suite, les magistrats ont su se libérer des mœurs et à ce titre, les juges européens ont incontestablement influencé l'émancipation du droit pénal en limitant l'influence de la morale. Afin d'éviter tout reproche de toute subjectivité, les juges ont alors cherché ailleurs le baromètre de la moralité. Les experts et l'opinion publique sont devenus des outils efficaces en vue de révéler l'état des mœurs dans la société contemporaine. Cependant, au-delà de cet affranchissement certain, il n'est pas pour autant possible d'affirmer le retrait total de l'influence des mœurs sur les juges et leurs décisions. En effet, la justice étant humaine, les juges demeurent soumis à leur propre sensibilité. La morale individuelle transparait toujours au sein de leurs décisions comme en témoigne certaines études ou l'apparition de termes empruntant au champ lexical de la morale. Comme le mentionne F. SAFI : « La question se pose

avec d'autant plus d'acuité qu'alors que nous vivons dans une société de plus en plus "libérale" qui voit, notamment dans le domaine de la sexualité, la modernité par le prisme de la liberté, nous assistons à un mouvement inverse au niveau de la politique criminelle en matière sexuelle. Le droit pénal semble avoir retrouvé sa fonction de moralisateur, si bien que la tâche laissée au juge pour apprécier le caractère impudique ou offensant d'un acte sexuel est loin d'être aisée »<sup>411</sup>.

**120. Conclusion du Chapitre 1.** Lorsque l'on s'intéresse à l'interférence entre le droit pénal et la morale, le premier constat est celui d'un affranchissement du droit pénal vis-à-vis de la morale. Progressivement, le péché s'est distingué du juste et les infractions qui sanctionnaient des actes impurs, contre-nature ou immoraux, se sont évanouies. Cette émancipation a atteint son apogée lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal puisque le terme de *mœurs* a quitté la lettre du texte, laissant place à un vocabulaire plus exact et scientifique. De même, les juges ont manifesté le souhait de rendre leur discours davantage objectif, incitant le législateur à se retirer du domaine de l'intime. L'affranchissement du droit pénal ne fait aucun doute et ne peut qu'être souligné.

Toutefois, il ne s'agit en aucun cas d'une distinction hermétique permettant d'affirmer sans faiblir que le droit ne rencontre plus la morale. En effet, cette libération appert quelque peu superficielle, « si tu la regardes de loin, elle se tient à peu près ; mais si tu te rapproches, tout fout le camp »<sup>412</sup>. L'affranchissement affiché du droit pénal n'apparaît qu'en surface car c'est désormais en profondeur que la morale agit, de façon diffuse et dissimulée.

Jamais le droit n'a réussi à se défaire tout à fait des mœurs, pire encore, il semble s'y rattacher progressivement, à tel point qu'il est à craindre la réactualisation d'une influence contemporaine des mœurs sur le droit.

---

<sup>411</sup> F. SARFI, « De l'art de légiférer, ou quand la loi précise que même lorsqu'il n'y a pas exhibition sexuelle... il y a exhibition sexuelle ! », *D.* 2021, p. 1254 s., spéc. p. 1256.

<sup>412</sup> J.-P. SARTRE, *Les mains sales*, Gallimard, 1968, p. 87.



## Chapitre 2 – Le constat d’une influence contemporaine

**121. La matérialisation de l’influence des mœurs.** Il est évident que le droit pénal s’est progressivement libéré des mœurs. La morale s’étant délitée, la matière pénale s’en est extraite. Le terme *mœurs* a d’ailleurs disparu du Code pénal<sup>413</sup> et les infractions qui symbolisaient au mieux l’emprise de la morale sur le droit se sont évanouies<sup>414</sup>. Pourtant, l’étude attentive des infractions sexuelles révèle une influence contemporaine des mœurs sur la matière pénale. Plus insidieuse, cette interférence se manifeste de deux façons.

**122. Un régime animé par la morale.** Tout d’abord, l’interférence se matérialise à travers le traitement des infractions sexuelles. Certes, l’exception à tendance à devenir la norme en droit pénal. Toutefois, la volonté répressive en matière sexuelle dépasse les banalités. Régulièrement, c’est en leur sein que prolifère tout un régime exorbitant, destiné à se propager sur d’autres incriminations. En effet, au creux de leur régime se niche une double angoisse, celle d’un trouble à la fois à l’ordre public et à l’ordre moral. Si certaines dérogations apparaissent justifiées, l’émotion suscitée par ces infractions anéantit parfois la raison. Quoiqu’il en soit, que ce régime soit idoine ou insensé, il ne fait guère de doute que l’ensemble du régime propre aux infractions sexuelles est devenu dérogatoire. Le législateur n’a cessé de l’étirer et de le déformer. Rien ne semble résister aux atteintes aux mœurs. Le temps, l’espace, le soin, tout est éculé par le poids des infractions sexuelles.

**123. Des incriminations implantées dans la morale.** Parallèlement, l’étude des incriminations met en exergue une catégorie particulière d’infractions sexuelles. Les infractions sexuelles sans victime. En réprimant des infractions sexuelles sans victime, que protège le droit pénal si ce ne sont les mœurs ? L’ordre public est-il troublé par l’immoralité des chambres à coucher ? Pourquoi punir des comportements sexuels qui n’engendreraient aucune victime ? Sous couvert de protéger la dignité ou la minorité, le droit pénal adopte des incriminations tendant à garantir le respect de la moralité publique et privée. Les valeurs sociales protégées

---

<sup>413</sup> À l’exception des discriminations fondées sur les mœurs (article 225-1 du Code pénal).

<sup>414</sup> Voir *supra* n° 65 s.

vont alors servir de masques et dissimuler l'emprise morale de certaines incriminations. Les principaux protagonistes de la relation sexuelle sont finalement sacrifiés au profit de la *bonne* sexualité. Ainsi, l'étude des incriminations exhale la délicate interférence entre la morale et le droit pénal et révèle l'existence de certaines infractions sexuelles fondées uniquement sur les mœurs.

**124. L'influence des mœurs est donc plurielle.** D'un côté, l'influence des mœurs se mêle à la protection de l'ordre public pour suggérer un régime en tout point exceptionnel qui concerne la totalité des infractions sexuelles ; de l'autre, elle s'émancipe de l'ordre public en créant des incriminations sexuelles sans victime, uniquement fondées sur la protection des mœurs sexuelles. Sans dévoiler les raisons de cette interférence<sup>415</sup>, il s'agira de révéler la réalité de celle-ci.

**125. Annonce de plan.** Si l'influence des mœurs apparaît clairement lorsque l'on s'intéresse au régime des infractions sexuelles dans leur ensemble (**Section 1**), celle-ci demeure insidieuse et volontairement dissimulée derrière le jeu des valeurs sociales protégées lorsqu'elle concerne les incriminations (**Section 2**).

## **Section 1 – La manifeste influence des mœurs sur le régime des infractions**

**126. Un régime à amender.** L'influence des mœurs sur le droit pénal est bicéphale. Dissimulée d'un côté, manifeste de l'autre, seule demeure la certitude d'une interférence contemporaine. En effet, lorsque l'on s'intéresse au régime relatif à l'ensemble des infractions sexuelles, l'emprise entre les mœurs et le droit pénal s'avère flagrante. Certes, la morale ne justifie pas à elle seule l'exceptionnalité du régime existant, la gravité des offenses faites à l'ordre public, ainsi que la volonté de favoriser le recueil de la preuve parfois si difficile à déceler, ne sauraient être ignorées ; toutefois, cause ou conséquence, il ne fait aucun doute que les atteintes aux mœurs connaissent un régime exceptionnel.

---

<sup>415</sup> Voir *infra* n° 220 s.

**127. Une exceptionnalité transversale.** Les infractions sexuelles fluctuent au rythme des craintes de la société. Il faut dire que « le domaine des mœurs est, par excellence, celui des valeurs socialement construites, c'est-à-dire asservies aux évolutions d'une société donnée dont elles épousent les soubresauts, dépendantes du contexte social et idéologiquement du lieu et du moment »<sup>416</sup>. Il n'est donc guère étonnant de constater que ces soubresauts ont conduit à un régime ultra dérogatoire en matière d'infractions sexuelles. En effet, la procédure pénale déborde du droit commun. Le temps est anéanti sous l'effet de la prescription. Le secret est tantôt ignoré<sup>417</sup>, tantôt imposé<sup>418</sup>. Le régime propre à ces infractions est étendu, distendu. Les peines augmentent, le soin s'impose. Déjà en 2004, R. BADINTER affirmait : « nous sommes entrés dans des temps où le délinquant sexuel, quoi qu'il ait fait, est considéré comme l'être asocial, le porteur de dangerosité par excellence. Nous avons déjà une des législations les plus répressives d'Europe dans ce domaine. Et maintenant voici revenu, pour eux, le temps de la stigmatisation, comme dans un passé qu'on croyait révolu »<sup>419</sup>. À ce stade, il ne s'agit pas là de remettre en question les déformations du droit commun, mais seulement de présenter les dérogations que connaissent les atteintes aux mœurs.

La particularité des infractions sexuelles engendre un régime exorbitant qui ne cesse de franchir les règles de droit commun. Ces dernières n'apparaissent que comme des carcans auxquels il est nécessaire d'échapper. La particularité de ces infractions qui, au-delà de l'ordre public,

---

<sup>416</sup> F. FORTIER, *Le juge, gardien des valeurs*, CNRS éditions, 2007, p. 71.

<sup>417</sup> L'article 226-14 du Code pénal dispose que « L'article 226-13 [relatif du secret professionnel] n'est pas applicable dans les cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret. En outre, il n'est pas applicable :

1° A celui qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit **d'atteintes ou mutilations sexuelles**, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;

2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République ou de la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger ou qui risquent de l'être, mentionnée au deuxième alinéa de l'article L. 226-3 du code de l'action sociale et des familles, les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des **violences physiques, sexuelles ou psychiques** de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ; [...] ».

<sup>418</sup> L'article 306 du Code de procédure pénale fait d'ailleurs référence aux mœurs en rappelant que « les débats sont publics, à moins que la publicité ne soit dangereuse pour l'ordre ou les mœurs. Dans ce cas, la cour le déclare par un arrêt rendu en audience publique ». Par ailleurs, l'article ajoute que « lorsque les poursuites sont exercées du chef de viol ou de tortures et actes de barbarie accompagnés d'agressions sexuelles, de traite des êtres humains ou de proxénétisme aggravé, réprimé par les articles 225-7 à 225-9 du code pénal, le huis clos est de droit si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles le demande ; dans les autres cas, le huis clos ne peut être ordonné que si la victime partie civile ou l'une des victimes parties civiles ne s'y oppose pas ».

<sup>419</sup> R. BADINTER, *Libération*, 9 février 2004, p. 39 s.

atteignent les mœurs, conduit le droit pénal à étirer l'espace à l'infini (§ 1) et allonger le temps sans retenue (§ 2).

## **§ 1 – Un espace infini**

**128. Un espace sans mesure.** Porté par l'influence de la morale, le législateur n'hésite pas à braver les règles de droit commun pour punir les atteintes qui lui sont faites. Impossible de laisser une infraction sexuelle sans réponse pénale, même si cela implique de détourner ce que l'on pensait établi. Sous le regard des mœurs, l'espace déborde, s'étire, s'allonge. Il s'agira de concevoir l'exceptionnalité de l'espace à la fois territorial, mais également carcéral, car ces frontières, invisibles ou matérielles, n'ont pas la même forme pour les délinquants sexuels. En blessant la morale par-delà l'ordre public, ces actes engendrent des dérogations destinées à faciliter la saisie de ces délinquants par la justice pénale.

Ainsi, sous l'effet des mœurs, les frontières se réduisent, l'espace territorial s'étend (A), à l'image de l'espace répressif (B) qui semble lui aussi se remodeler autour des délinquants sexuels.

### **A. L'extension de l'espace territorial**

**129. Extension de l'espace.** Les règles d'application de la loi dans l'espace ne résistent pas aux atteintes aux mœurs. Le régime des infractions laisse apparaître une forme de relativité capable de se plier aux circonstances auxquelles elles s'appliquent. Partant, afin de protéger l'organe sexuel en France (1) et réprimer les exploitations sexuelles à l'étranger (2) l'espace territorial échappe aux règles de droit commun.

#### *1. La protection de l'organe sexuel*

**130. L'ablation de l'organe immoral.** Il est intéressant de se pencher sur une infraction qui n'est, *a priori*, pas une infraction sexuelle au regard de sa place dans le Code pénal, mais davantage une infraction sur le sexe : l'excision. Cette incrimination est particulièrement intéressante car si le Code pénal ne la classe pas parmi les agressions sexuelles<sup>420</sup> mais au sein

---

<sup>420</sup> Livre II, Titre II, Chapitre II, Section 3.

des atteintes volontaires à l’intégrité physique<sup>421</sup>, elle ne demeure pas moins un délit sexuel par essence.

Le clitoris, organe du corps humain principalement attribué au plaisir, a toujours été soumis aux mœurs de son temps, conduisant à le modeler ou l’oublier selon les époques. Organe invisible, impur, nié ou reconnu, il a subi l’effet de différentes croyances. Son ablation chez les jeunes femmes se justifie de nombreuses façons selon les coutumes. Rituel de pureté, raisons hygiéniques, volonté de préserver la virginité ou la féminité, amélioration du plaisir masculin, cette mutilation touche, selon les Nations-Unies, autour de 200 millions de jeunes filles<sup>422</sup>. Si ces mœurs sont partagées par certains pays, tels que le Mali, le Kenya, l’Égypte ou l’Indonésie ; la France, au même titre que de nombreux autres États<sup>423</sup>, tente de limiter cette coutume particulièrement violente par l’usage de l’arme pénale.

**131. La protection de l’organe du plaisir.** L’article 222-9 du Code pénal punit « les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente » d’une peine pouvant s’élever à dix ans d’emprisonnement et 150 000 euros d’amende. Les mutilations sexuelles entrent naturellement dans ce cadre précis<sup>424</sup>. La peine encourue est portée à quinze ans lorsque la mutilation permanente est commise sur un mineur de moins de quinze ans<sup>425</sup>, puis à vingt ans si l’auteur est un ascendant ou parent légitime, naturel ou adoptif ou par toute personne ayant autorité sur le mineur<sup>426</sup>. Enfin, la peine peut atteindre trente ans si la mutilation a entraîné la mort sans intention de la donner<sup>427</sup>.

Par ailleurs, en 2013, l’arsenal répressif s’est enrichi d’une nouvelle infraction<sup>428</sup> que l’on retrouve à l’article 227-24-1 du Code pénal, lequel punit de cinq ans d’emprisonnement et 75 000 euros d’amende « le fait de faire à un mineur des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques, ou d’user contre lui de pressions ou de

---

<sup>421</sup> Livre II, Titre II, Chapitre II, Section 1.

<sup>422</sup> UNICEF, Les mutilations génitales féminines/l’excision : un problème mondial, 2016. Voir notamment A. ANDRO et M. LESCLINGAND, « Les mutilations génitales féminines. État des lieux et des connaissances », *Population* 2016, vol. 71, p. 224 s. ; A. ANDRO et M. LESCLINGAND, « Les mutilations génitales féminines dans le monde », *Population & Sociétés*, 2017, n° 543, p. 1 s.

<sup>423</sup> Notamment l’Allemagne, la Belgique et le Royaume-Uni.

<sup>424</sup> Cass. crim. 20 août 1983, *Bull. Crim.* n° 229 ; Cass. crim. 9 mai 1990 ; *Droit pénal* 1990, comm. 291, obs. VERON ; *RSC* 1991 ; *D.* 565, obs. LEVASSEUR.

<sup>425</sup> Article 222-10 du Code pénal.

<sup>426</sup> *Ibidem*.

<sup>427</sup> Article 222-8 du Code pénal.

<sup>428</sup> Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d’adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l’Union Européenne et des engagements internationaux de la France, *JO* du 6 août 2013.



contraintes de toute nature, afin qu'il se soumette à une mutilation sexuelle [...], lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée », mais également, « le fait d'inciter directement autrui, par l'un des moyens énoncés au premier alinéa, à commettre une mutilation sexuelle sur la personne d'un mineur, lorsque cette mutilation n'a pas été réalisée ». Il est aisé de constater que les infractions se précisent afin d'entourer le comportement strictement visé. Le caractère formel de cette incrimination témoigne également de la volonté d'agir de façon préventive afin d'éviter la violence d'un tel acte.

Enfin, une ultime qualification est envisageable concernant l'ablation du clitoris : celle d'actes de tortures et barbarie prévue à l'article 222-1 et suivants du Code pénal. Les juridictions administratives n'ont d'ailleurs pas hésité à insister sur la gravité de tels actes, en s'appuyant sur les dispositions européennes relatives à l'interdiction de la torture. Bien que cela n'émane pas des juridictions pénales, les arguments soulevés par la juridiction administrative soulignent parfaitement la perception française de ces mœurs étrangères particulièrement brutales. Ainsi a-t-il été jugé que « l'excision constitue une mutilation du corps de la femme qui génère des souffrances très intenses ; elle est fréquemment suivie de complications infectieuses pouvant entraîner la mort ; aucune nécessité thérapeutique<sup>429</sup> ou tout autre motif d'ordre sanitaire ne la justifie, et elle procède du seul usage rituel et culturel ; par suite, l'excision pratiquée contre leur volonté sur une personne ou sur ses enfants constitue un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme »<sup>430</sup>.

Sous toutes ses formes, par le biais de la pénalisation de tous les protagonistes, de celui qui exécute l'acte à celui qui incite la victime ou l'auteur, la France tente de protéger l'organe du plaisir que certaines coutumes souhaitent amputer. À ce titre, le législateur assouplit également les conditions d'application de la loi dans l'espace afin de favoriser l'effectivité des poursuites.

**132. L'extension territoriale.** La loi du 4 avril 2006<sup>431</sup> a inséré l'article 222-16-2 dans le Code pénal, destiné à étendre le principe de personnalité passive aux victimes mineures résidant habituellement sur le territoire français pour les crimes ou délits commis à l'étranger prévus par

---

<sup>429</sup> Pour autant, « s'il n'est déjà guère aisé de concevoir qu'un médecin puisse participer à de telles pratiques sur le plan matériel, il est encore plus improbable qu'il puisse agir avec l'état d'esprit exigé pour retenir la qualification d'actes de torture et de barbarie », P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2019, p. 312 s.

<sup>430</sup> TA Lyon, 12 juin 1996 ; *RUDH* 1996. 695, note LEVINET ; *JCP* 1997. I. 3996, obs. FULCHIRON ; *D.* 1998, somm. 16, obs. JULIEN-LAFERRIERE ; *D.* 1998, somm. 304, obs. VASSEUR.

<sup>431</sup> 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, *JO* du 5 avril 2006.

les articles 222-8, 222-10 ou 222-12 du Code pénal. Alors que l'article 113-7 du Code pénal dispose que la loi française est applicable lorsque l'infraction a été commise à l'encontre d'une personne de nationalité française au moment de l'infraction, le texte de loi adopté en 2006 fait échec à une partie de ces dispositions en vue de faciliter les poursuites.

En effet, cette loi permet de renforcer la protection des mineurs contre l'excision et les autres mutilations sexuelles puisque la victime n'a pas nécessairement besoin d'avoir la nationalité française. Celle-ci doit uniquement résider habituellement sur le territoire français. Lorsque les violences sont aggravées, notamment en raison de l'âge de la victime, les conditions relatives à la personnalité passive n'ont pas à être strictement respectées. En assouplissant ces critères, le législateur facilite la mise en œuvre des poursuites, tendant à limiter l'impact des mœurs étrangères sur le territoire français et fluidifier la répression de ces actes particulièrement violents. De fait, les violences sexuelles sont pénalement répréhensibles, bien qu'elles soient commises en conformité avec des rites établis.

Au-delà des mœurs étrangères qui viennent troubler l'ordre public et l'ordre moral français, le législateur tend également réprimer l'exploitation sexuelle commise à l'étranger. À ce titre, le tourisme sexuel et le *live streaming* méritent de s'y attarder.

## 2. La répression de l'exploitation sexuelle

**133. Le fondement moral de l'extension territoriale.** L'exploitation sexuelle connaît une singulière application de la loi pénale dans l'espace, s'inscrivant dans un régime largement dérogatoire destiné à permettre une répression plus efficace.

En Europe, l'Allemagne fut le premier pays à recourir, en 1993, à une modification de sa compétence territoriale en matière d'infraction sexuelle<sup>432</sup>. L'année suivante, la France s'est engagée dans la même direction, par le vote de la loi du 1<sup>er</sup> février 1994<sup>433</sup> tendant à étendre l'espace territorial au-delà de ses frontières. L'exposé général du rapport d'information du Sénat débute par une phrase manifestant toute l'emprise de la morale sur les infractions sexuelles : « Qu'ils soient qualifiés d'odieux, de monstrueux ou d'incompréhensibles, il est des actes d'une

---

<sup>432</sup> X. LAMEYRE, « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *RSC* 2002, p. 547 s.

<sup>433</sup> Loi n° 94-89 du 1<sup>er</sup> février 1994, instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 2 février 1994.

gravité telle qu'aucune épithète ne paraît assez forte pour exprimer les sentiments de l'opinion publique à leur égard : l'indignation, la répulsion, l'effroi »<sup>434</sup>. Dans cette accroche se mêlent des adjectifs dépassant largement le domaine juridique. Destinée à exprimer le ressenti de l'opinion publique, cette formulation témoigne parfaitement du contexte particulier au sein duquel se situe le vote de cette loi. Les infractions sexuelles dépassent le trouble à l'ordre public, matériel et extérieur. Elles blessent l'intime, percutent les mœurs.

**134. La personnalité active en droit commun**<sup>435</sup>. Afin de cerner cette exceptionnalité, il est important de rappeler le droit commun relatif à l'application de la loi pénale française dans l'espace. En règle générale, le droit pénal français s'applique aux infractions commises ou réputées commises sur le territoire de la République, en application du principe de territorialité<sup>436</sup>. Toutefois, de nombreuses exceptions permettent à la loi pénale française de s'appliquer hors des frontières, en vertu des principes de personnalité ou d'universalité. Concernant la personnalité active, les articles 113-6 et suivants du Code pénal reviennent sur les conditions de poursuites par les autorités françaises lorsque le délit est commis par un français, à l'étranger. Pour que celles-ci soient possibles, il est nécessaire que trois conditions soient réunies. Tout d'abord, une condition de réciprocité est exigée pour les délits. L'État étranger doit également punir le comportement en question. Puis, selon l'article 113-8 du Code pénal, la poursuite est subordonnée à la requête du ministère public et suppose l'existence d'une plainte de la victime ou de ses ayants droits, ou une dénonciation officielle par l'autorité du pays où les faits ont été commis. Enfin, l'article 113-9 du Code pénal conditionne les poursuites à l'absence de décision étrangère définitive.

**135. La mise en place d'une extraterritorialité.** La loi de 1994<sup>437</sup> a apporté une première modification en supprimant l'exigence des deux premières conditions, à savoir la double

---

<sup>434</sup> CH. JOLIBOIS, Rapport d'information du Sénat n° 49 du 22 octobre 1997 relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes et à la répression des crimes sexuels commis sur les mineurs.

<sup>435</sup> Sur le sujet voir notamment B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 180 s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 2019, 5<sup>ème</sup> édition, p. 1430 s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 120 s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 157 s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 174 s.

<sup>436</sup> Article 113-2 du Code pénal. Voir notamment B. BOULOC, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 176 s. ; E. DREYER, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 1397 s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 110 s. ; X. PIN, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 142 s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op.cit.*, p. 168 s.

<sup>437</sup> Loi n° 94-89 du 1<sup>er</sup> février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 2 février 1994.

incrimination et l'exigence d'une plainte ou dénonciation préalable, concernant le délit codifié à l'article 227-26, 4°, relatif à l'atteinte sexuelle sur mineur s'accompagnant d'une rémunération. Cet article précisait que « dans le cas où l'infraction prévue par le 4° du présent article est commise à l'étranger, la loi pénale française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ». De fait, ces comportements pouvaient être sanctionnés quand bien même ils n'étaient pas incriminés par la législation du pays étranger et ce, même en absence de plainte de la victime, de ses ayants droits ou d'une dénonciation officielle. Afin de favoriser les poursuites, le législateur a tenté de simplifier les conditions de mise en œuvre des poursuites. Dépassant les frontières territoriales, la France s'émancipe des règles établies pour s'assurer de la répression des infractions sexuelles dont les atteintes ont, depuis plusieurs décennies, dépassé le droit pour atteindre les mœurs<sup>438</sup>. Cette précision a par la suite été reprise à l'article 225-12-3 du Code pénal qui dispose que « dans le cas où les délits prévus au second alinéa de l'article 225-12-1 et à l'article 225-12-2 sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables »<sup>439</sup>. Du fait de ce changement, le législateur en profite pour étendre les comportements dérogeant aux principes d'application de l'espace de droit commun. Au-delà de l'obtention de relations sexuelles avec des mineurs contre le versement ou la promesse d'une rémunération, le simple fait de solliciter ou d'accepter de telles relations sexuelles est désormais visé, y compris lorsque cela concerne une personne vulnérable<sup>440</sup>.

**136. L'extension des exceptions.** Dès 1998<sup>441</sup>, le législateur a étendu le champ d'application des dispositions dérogatoires prévues par la loi du 1<sup>er</sup> février 1994 grâce aux articles 227-27-1 et 222-22 Code pénal. Ces dérogations visent désormais l'ensemble des agressions sexuelles *stricto sensu*<sup>442</sup>, ainsi que d'autres infractions commises à l'encontre des plus jeunes<sup>443</sup>, à savoir

---

<sup>438</sup> Avant la consécration de cette exception, la Cour de cassation n'hésitait pas à étendre le principe de territorialité ou entendre largement les éléments constitutifs des infractions pour assurer une répression effective (Cass. crim. 4 février 2004, n° 03-81-984 ; RSC 2004. 663, obs. J. FRANCILLON ; V. MALABAT, « De la relativité de l'espace temps en matière pénale », *D.* 2005, p. 621 s.)

<sup>439</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale, *JO* du 4 mars 2002.

<sup>440</sup> Sur l'application dans le temps de cet article voir notamment V. MALABAT, « De la relativité de l'espace temps en matière pénale », *op.cit.*, p. 621 s.

<sup>441</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998.

<sup>442</sup> Ancien article 222-22 al. 2 du Code pénal.

<sup>443</sup> Article 227-27-1 du Code pénal.

les délits de corruption de mineur<sup>444</sup>, celui de la pornographie infantine<sup>445</sup> et enfin les délits concernant les atteintes sexuelles simples ou aggravées<sup>446</sup>.

Par ailleurs, toujours en vue de faciliter la poursuite de tels comportements, le législateur adopte une disposition dérogatoire, contraire au droit commun, concernant la représentation d'une victime par une association qui, en règle générale, n'est possible qu'avec l'accord de la victime directe, ou celui des titulaires de l'exercice de l'autorité parentale ou du juge des tutelles. Désormais, cette condition n'est plus requise. La personne morale peut agir au nom d'une victime étrangère dont il n'a pas été matériellement possible de recueillir l'accord. En effet, l'action publique va être partagée avec les associations inscrites auprès du ministère de la justice dans des conditions fixées en Conseil d'État. Celles-ci pourront déclencher l'action publique, notamment pour les faits relevant du tourisme sexuel<sup>447</sup>.

**137. Un objectif international.** Cette saisie du tourisme sexuel par le droit pénal n'est pas limitée au territoire national ou européen. Gagnant le champ international, la répression de ces comportements s'impose en tant que nouvel objectif, nouvelle priorité du village planétaire. Le 9 septembre 1991, le comité des ministres adopte une recommandation visant à « intensifier les efforts en vue d'identifier et de sanctionner, d'une part ceux qui favorisent, encouragent la prostitution d'enfants (...) ou en tirent profit, et, d'autre part, les clients de la prostitution infantine » ; « dissuader les agences touristiques de favoriser le tourisme sexuel de quelque manière que ce soit, particulièrement par la publicité... » mais également, « introduire des règles de compétence extraterritoriale en vue de permettre la poursuite et la sanction de nationaux ayant commis des infractions relatives à l'exploitation sexuelle d'enfants et de jeunes adultes en dehors du territoire national, ou de revoir, le cas échéant, les règles existantes dans ce domaine

---

<sup>444</sup> Article 227-22 du Code pénal.

<sup>445</sup> Article 227-23 du Code pénal.

<sup>446</sup> Articles 227-25 à 227-27 du Code pénal. Certaines infractions très particulières connaissent un régime similaire, notamment la corruption ou le trafic d'influence lorsque l'infraction a été commise par une personne exerçant des fonctions juridictionnelles dans un État étranger ou au sein ou auprès d'une cour internationale ou dépositaire d'autorité publique (article 435-11-2 du Code pénal et article 435-6-2) ; les faits de mercenaire (article 436-3 du Code pénal) ou le prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée (article 511-1-1 du Code pénal).

<sup>447</sup> Alinéa 2 de l'article 2-3 du Code de procédure pénale dispose que : « Toute association, inscrite auprès du ministère de la justice dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, est recevable dans son action même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée en ce qui concerne l'infraction mentionnée à l'article 227-23 du code pénal. Il en est de même lorsqu'il est fait application des dispositions du second alinéa de l'article 222-22 et de l'article 227-27-1 dudit code ».

et d'améliorer la coopération internationale à cette fin »<sup>448</sup>. Quelques années plus tard, réuni à Stockholm en août 1996, le Congrès mondial contre l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales rassemble les représentants de 125 pays. Une déclaration du Congrès souligne alors le fait que « les États sont tenus de protéger les enfants contre toute forme d'exploitation sexuelle ainsi que contre les abus sexuels, et de promouvoir la réadaptation physique et psychologique ainsi que la réinsertion sociale des enfants qui en sont les victimes »<sup>449</sup>.

**138. Une extension nouvelle pour répondre au *live streaming***<sup>450</sup>. Par ailleurs, depuis quelques années, le législateur s'inquiète de l'émergence d'un nouveau procédé criminel, le *live streaming*. Ce comportement s'intéresse aux personnes françaises qui commandent sur le *darkweb* des agressions sexuelles réalisées en direct, à l'étranger. Face à ces agissements, le droit pénal français s'est très rapidement révélé inadapté pour sanctionner ces individus. En effet, poursuivre le commanditaire sur le terrain de la complicité de viol ou d'agression sexuelle s'avère conditionnée par deux exigences : la réciprocité d'incrimination et l'existence d'une décision définitive rendue par la juridiction étrangère. Très contraignante, les règles d'application propres à l'article 113-5 du Code pénal empêchent la majorité des poursuites sur ce fondement<sup>451</sup>.

Aussi, afin de pallier ces limites, le législateur s'est chargé d'ajouter au sein de cet article un deuxième alinéa ainsi rédigé : « [la loi pénale française] est également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République

---

<sup>448</sup> Recommandation n° R (91) 11 du comité des ministres aux états membres sur l'exploitation sexuelle, la pornographie, la prostitution ainsi que sur le trafic d'enfants et de jeunes adultes, adoptée le 9 septembre 1991.

<sup>449</sup> Au cours du Congrès, l'objectif affirmé a été celui de « mobiliser le monde des affaires, y compris l'industrie du tourisme, contre l'utilisation de ses réseaux et établissements à des fins d'exploitation sexuelle commerciale des enfants [...] ; élaborer ou renforcer et mettre en œuvre des lois qui pénalisent les actes commis par des ressortissants du pays d'origine à l'encontre d'enfants du pays de destination (« lois pénales extraterritoriales »), promouvoir l'extradition et les autres dispositions garantissant qu'une personne exploitant un enfant dans un but sexuel dans un autre pays (pays de destination) soit poursuivie soit dans le pays d'origine soit dans le pays de destination ; [...] élaborer ou renforcer et mettre en œuvre des lois nationales afin d'établir la responsabilité pénale des prestataires de services, des clients et des intermédiaires impliqués dans la prostitution des enfants, le trafic d'enfants, la pornographie infantine, y compris la possession de matériel pornographique mettant en scène des enfants, et toute autre activité sexuelle illégale ; [...] adopter non seulement des sanctions pénales contre les coupables de crimes sexuels envers des enfants, mais également des mesures socio-médicales et psychologiques afin de créer chez eux des modifications du comportement ».

<sup>450</sup> J.-C. PLANQUE, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *Droit pénal*, septembre 2020, étude n° 27 ; P. ROUSSEAU, « Le renforcement de la lutte contre les commanditaires d'abus sexuels en live streaming », *AJ Pénal* 2020, p. 396 s. ; V. WEBER, « La loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales et l'application de la loi pénale dans l'espèce : de quelques incohérences », *Droit pénal*, novembre 2020, étude n° 33.

<sup>451</sup> A cela s'ajoute également des difficultés probatoires voir *infra* n° 369.

et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus par le livre II [du présent code] »<sup>452</sup>. Bien que la rédaction de cet article laisse à désirer, il est permis de comprendre que cet alinéa exclu l'application des deux conditions limitatives énoncées par l'article 113-5 du Code pénal. Désormais, le commanditaire français d'un viol se déroulant à l'étranger pourra être jugé pour complicité par les juridictions françaises sans s'enticher des conditions habituelles. Toutefois, si les faits ne revêt pas la qualification de viol mais d'agression sexuelle, alors le deuxième alinéa de l'article ne s'appliquera pas. Selon cet article, seuls les crimes prévus par le livre II sont concernés. Étonnant, cette restriction pourrait être particulièrement astreignante car le propre de ces vidéos est de ne laisser aucune trace une fois le comportement réalisé. Contrairement aux images que l'on enregistre, il s'agit ici d'assister en direct à la consommation de l'infraction. Il sera donc aisé d'arguer l'absence de qualification de viol pour échapper à sa responsabilité. L'objectif fixé par ce texte risque donc de ne pas être atteint<sup>453</sup>. Une nouvelle fois, les infractions sexuelles permettent d'échapper aux règles d'application de la loi pénale dans l'espace afin de s'adapter aux réalités mouvantes issues de la mondialisation.

Ainsi, dépassant les limites de l'espace et celle du droit commun, les nécessités répressives ont conduit à élargir les possibilités de poursuites contre les infractions où se rencontrent l'enfance et la sexualité. Cette horreur partagée autour des crimes sexuels permet d'imposer un régime extraordinaire. En conséquence, la répression de la violence de ces comportements, ajoutée à la protection de la morale sexuelle, rend légitime une extension des limites territoriales du droit de punir. De toute part, celui-ci s'échappe du droit commun, contribuant à créer un régime exorbitant. Soumis à cette même volonté de lutter contre l'interférence des mœurs et du droit pénal, l'espace répressif offre, à son tour, un paradigme intéressant.

## **B. L'extension de l'espace répressif**

**139. Extension de la répression.** Au-delà de l'espace territorial, l'espace répressif s'avère également particulier lorsqu'il s'attache aux délinquants sexuels. Traités de façon exceptionnelle, ces individus connaissent des peines privatives de liberté extensibles, destinées à garantir leur contrôle, quand bien même rien ne témoignerait d'une réalité exceptionnelle (1). De même, en tant que prisonniers au sein de l'établissement pénitentiaire, ils font figure

---

<sup>452</sup> Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, *JO* du 31 juillet 2020.

<sup>453</sup> Sur la réécriture de cet article voir *infra* n° 369.

d’exception. Aussi, il est permis d’interroger cette exception. S’agit-il réellement d’individus particuliers ou est-ce le traitement qui leur est réservé en tant que prisonnier qui conduit à cette exceptionnalité (2) ?

### 1. Des peines privatives de liberté extensibles

**140. Le choix de la peine privative de liberté.** La peine peut s’entendre comme le « Châtiment édicté par la loi (peine prévue) à l’effet de prévenir et, s’il y a lieu, de réprimer l’atteinte à l’ordre social qualifiée d’infraction (*nulla poena sine lege*) ; châtiment infligé en matière pénale par le juge répressif, en vertu de la loi (peine prononcée) »<sup>454</sup>. Selon E. BONIS-GARON et V. PELLETIER, l’usage du terme *châtiment* révèle parfaitement le caractère à la fois afflictif et infamant de la peine<sup>455</sup>. Toutefois, bien que les sanctions soient particulièrement nombreuses et variées<sup>456</sup>, la privation de liberté demeure la peine par excellence. Perçue et ressentie comme telle par l’opinion publique mais également par le condamné, la peine privative de liberté est aujourd’hui la condamnation la plus symbolique<sup>457</sup>. Il s’agira donc de s’attarder essentiellement sur les peines d’emprisonnement ou de réclusion criminelle afin de mettre en exergue leur extensibilité en ce qui concerne les auteurs d’infractions sexuelles.

**141. L’histoire erratique des peines.** À l’heure actuelle, la singularité des infractions sexuelles dans leur appréhension juridique, particulièrement celles qui concernent les mineurs, influe inévitablement sur le *quantum* de leur peines respectives. Pourtant, cela n’a pas toujours été le cas. Si le Code de Hammurapi<sup>458</sup> sanctionnait déjà le viol ou le rapt de la jeune fille vierge par la noyade, le bûcher ou le bannissement, ces comportements n’ont pas toujours été appréhendés de façon si virulente au fil des siècles<sup>459</sup>. Sous l’Ancien Régime, le viol est d’ailleurs banalisé et rarement dénoncé ou condamné. Il semble que seules quelques dizaines de procès aient été recensés aux XVI<sup>ème</sup> et XVII<sup>ème</sup> siècles au sein des principaux parlements français<sup>460</sup>. Selon G. VIGARELLO, à cette époque, « l’insulte au divin canalise et capte le regard

---

<sup>454</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 13<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 745.

<sup>455</sup> E. BONIS-GARÇON et V. PELLETIER, *Droit de la peine*, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 2.

<sup>456</sup> Peine privative de liberté, amende, jour-amende, TIG, stage de citoyenneté...

<sup>457</sup> Voir notamment C. JACQUIN-RAVOT, *La notion de condamnation pénale*, Thèse, Lyon 3, 2020. D’autres peines concernent particulièrement les auteurs d’infractions sexuelles, tel que le suivi socio judiciaire ou l’interdiction d’exercer une activité au contact de mineurs, désormais encourue à titre définitif.

<sup>458</sup> Le Code de Hammurapi, § 129-133 et § 155-158. Introduction, traduction et annotation par A. FINET, *Edition du Cerf*, 2<sup>ème</sup> édition, 1996.

<sup>459</sup> X. LAMEYRE, « La préhension pénale des auteurs d’infractions sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 54 s.

<sup>460</sup> *Ibidem*.



du juge » au point qu'il en oublie le reste, notamment les infractions sexuelles<sup>461</sup>. À ce titre, il est intéressant de constater, une fois encore, l'évolution des mœurs dans leur acception la plus générale puisque celles-ci ne se sont pas toujours canalisées autour des infractions sexuelles, au point de les ignorer tout à fait en fonction des époques.

De fait, « alors que le nombre de dossiers pour viols - et particulièrement ceux concernant les viols commis sur enfants - ne dépassait guère 1 % de l'ensemble des procès criminels à la fin du XVIII<sup>ème</sup> siècle, les décennies ultérieures verront croître cette proportion de façon rapide et sensible »<sup>462</sup>. Cet auteur reprend le Compte général de l'administration de la justice criminelle, instauré en 1825, au sein duquel il est loisible de lire que « la proportion des attentats et des viols contre les adultes et contre les enfants, qui représentent le 1/5<sup>e</sup> de la totalité des crimes contre les personnes entre 1826 et 1840, s'est élevée à 1/3 entre 1841 et 1850. Elle représente la moitié en 1859 »<sup>463</sup>. Cette inflation n'a pas cessé et aujourd'hui, le crime sexuel, notamment sur mineur, est devenu l'horreur par excellence. Désormais, « près d'un crime sanctionné sur deux est un viol »<sup>464</sup>. Atteintes au corps, atteintes au consentement, atteintes à l'intimité, atteintes à la chair, mais également atteintes aux mœurs, les infractions sexuelles réunissent toutes les conditions pour faire l'objet d'un traitement exceptionnel. Lorsque le viol s'associe à la minorité, l'offense portée aux mœurs atteint son paroxysme. Les infractions sexuelles ne blessent pas que le droit, elles heurtent aussi la morale. Partant, ces infractions sont de plus en plus exposées, si bien que le législateur choisit d'en souligner la monstruosité, notamment par une augmentation illimitée des peines privatives de liberté.

**142. L'inflation des peines encourues.** Sous l'influence des mœurs, le domaine répressif ne cesse d'être sollicité pour accueillir les auteurs d'infractions sexuelles. Les peines d'emprisonnement ou de réclusion criminelle augmentent afin de répondre à un besoin omniprésent de répression. Hormis le délit d'exhibition sexuelle dont la peine a été réduite de moitié à l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal<sup>465</sup>, les sanctions relatives à l'ensemble des

---

<sup>461</sup> G. VIGARELLO, *Histoire du viol, XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Seuil, 1998, p. 45.

<sup>462</sup> X. LAMEYRE, « La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles », art. préc., spéc. p. 54.

<sup>463</sup> Compte général de l'administration de la justice criminelle, (1859, p. VII) cité par G. VIGARELLO, *Histoire du viol, XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, op. cit., p. 135 et p. 317.

<sup>464</sup> En décembre 2017, le ministère de la Justice publie un rapport sur les condamnations prononcées en 2016 au sein duquel se trouve le titre suivant : « Près d'un crime sanctionné sur deux est un viol ». Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/Stat\\_Les\\_condamnations\\_2017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Les_condamnations_2017.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>465</sup> Contrairement à l'outrage public à la pudeur qui était puni de deux ans d'emprisonnement dans l'ancien Code pénal, le délit d'exhibition sexuelle est aujourd'hui réprimé par une année d'emprisonnement selon l'article 222-32 du Code pénal. Toutefois, selon cet article « lorsque les faits sont commis au préjudice d'un mineur de quinze

agressions sexuelles ont connu une évolution notable. Lors de la réforme signant l’entrée en vigueur du nouveau Code pénal, les peines ont, pour la plupart, été augmentées. Le viol, puni d’un maximum de dix ans d’enfermement sous l’ancien Code pénal, est désormais réprimé par quinze années de réclusion criminelle<sup>466</sup>. De même, la peine prévue pour le proxénétisme est passée de trois ans à cinq ans lors de l’entrée en vigueur du nouveau Code pénal<sup>467</sup>. En 2001, la peine est augmentée à sept ans d’emprisonnement<sup>468</sup>. Le proxénétisme commis a l’encontre d’un mineur a lui aussi connu une augmentation significative puisque la peine a doublé entre 1992 et 2021<sup>469</sup>. Un autre exemple concernant la peine relative à l’infraction de pédopornographie<sup>470</sup>. Celle-ci est éclairante puisque son augmentation a été fulgurante. En 1998, le délit était puni d’un an d’emprisonnement ; en 2002, la peine est fixée à trois ans ; puis en 2006, elle atteint cinq années d’emprisonnement, soit cinq fois plus que la peine initiale. Par ailleurs, l’infraction se densifiant peu à peu, le délit réduit à la simple consultation de sites pédopornographique a été créé<sup>471</sup>. Si celui-ci était réprimé par deux ans d’emprisonnement en 2007, en 2020 sa peine est fixée à cinq ans<sup>472</sup>.

Toutefois, une exception concernant les atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans puisque le nouveau Code pénal de 1994 se démarque et atténue les peines applicables. Tandis que ces dernières oscillaient entre deux maximums fixés à cinq ans ou dix ans lorsque l’infraction était aggravée<sup>473</sup>, le nouveau Code pénal réduit la peine à deux ans et cinq ans en cas d’aggravation. Néanmoins, cette atténuation fut de courte durée puisqu’en 1998, la loi du 17 juin<sup>474</sup> calque de nouveau les peines prévues en matière d’atteinte sexuelle sur celles de l’ancien Code pénal. Ainsi, reprenant les peines instaurées par la loi du 23 décembre 1980<sup>475</sup>, les atteintes sexuelles<sup>476</sup> étaient punies de cinq ans d’emprisonnement jusqu’à ce qu’une récente loi fixe à sept ans la

---

ans, les peines sont portées à deux ans d’emprisonnement et à 30 000 euros d’amende » (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste, *JO* du 22 avril 2021).

<sup>466</sup> Article 222-23 du Code pénal. Hors le cas du viol sur mineur introduit à l’article 222-23-1 (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste, *JO* du 22 avril 2021).

<sup>467</sup> Article 225-5 du Code pénal.

<sup>468</sup> Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *JO* du 16 novembre 2001.

<sup>469</sup> Lors de l’entrée en vigueur du Code pénal, le proxénétisme était puni de dix ans d’emprisonnement lorsqu’il concernait un mineur. Depuis 2021, il est réprimé par vingt ans de réclusion criminelle (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste, *JO* du 22 avril 2021).

<sup>470</sup> Article 227-23 du Code pénal.

<sup>471</sup> Article 227-23, al. 4 du Code pénal.

<sup>472</sup> Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, *JO* du 31 juillet 2020.

<sup>473</sup> Article 331 de l’ancien Code pénal.

<sup>474</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998, article 18.

<sup>475</sup> Loi n° 80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs, *JO* du 24 décembre 1980.

<sup>476</sup> Article 227-25 du Code pénal.

peine encourue<sup>477</sup>. Les atteintes sexuelles sur mineur de plus de quinze ans ont également augmentées pour atteindre cinq ans au lieu de trois en 2021<sup>478</sup>.

Enfin, il faut ajouter à ces aggravations la loi dite *Méhaignerie*<sup>479</sup>, qui institue ce que l'on nomme communément la perpétuité réelle<sup>480</sup>. Cette peine est notamment encourue en présence du viol d'un mineur de quinze ans, concomitant avec son assassinat, en répondant de façon évidente à la volonté répressive suscitée par l'atteinte portée aux mœurs<sup>481</sup>.

**143. L'inflation des peines prononcées.** Au-delà des peines encourues, dès 1990, la France s'est démarquée par la sévérité des peines prononcées en matière d'infractions sexuelles. En effet, il s'agissait du pays qui condamnait le plus fréquemment et le plus longuement les auteurs de viol à des peines privatives de liberté<sup>482</sup>. Devant la Belgique (9,8 %), l'Angleterre (5 %) et l'Espagne (4,6 %), la France est le pays au sein duquel la proportion de détenus condamnés pour infractions sexuelles était la plus élevée<sup>483</sup>. Au 1<sup>er</sup> janvier 2003, le pourcentage de détenus atteint 22,2 %. En une quinzaine d'années, le nombre de condamnations pour infractions sexuelles a presque doublé. En 1984, 5 211 condamnations sont dénombrées. En 2001, il atteint les 9 537 condamnations. Il semble que la progression soit plus importante concernant les condamnations criminelles (+ 205 %) que pour les condamnations correctionnelles (+ 68 %)<sup>484</sup>. Ainsi, depuis 1999, l'inflation du dispositif conduit au constat selon lequel le viol et les agressions sexuelles constituent la première cause d'incarcération en France. Selon les données statistiques fournies

---

<sup>477</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018, article 2.

<sup>478</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021

<sup>479</sup> Loi n° 94-89 du 1<sup>er</sup> février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 2 février 1994.

<sup>480</sup> Concernant la perpétuité réelle : « la Cour d'assises peut, par décision spéciale, [...] si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné ». La période de sûreté sera alors illimitée. Toutefois, le Tribunal d'application des peines pourra, au bout de trente ans, mettre fin à la période de sûreté (article 720-4, alinéa 3). Cette possibilité est d'ailleurs essentielle pour que la perpétuité réelle soit conventionnelle. Sur la suppression de ce dispositif voir *infra* n° 490.

<sup>481</sup> Une fois n'est pas coutume, la perpétuité incompressible fait suite à un fait divers ayant remué l'opinion publique. Il s'agit de la condamnation de Patrick TISSIER, tueur et violeur récidiviste. Sur l'influence de l'opinion publique voir *infra* n° 258 s.

<sup>482</sup> B. LE DEVEDEC, « Agressions sexuelles sur mineurs : l'illusion d'impunité face aux statistiques et au droit », *Dalloz actualité* du 28 avril 2021 ; P. TOURNIER, « Agressions sexuelles : du dépôt de plainte à l'exécution des peines », in E. ARCHER (dir.), *Agressions sexuelles : victimes et auteurs*, L'Harmattan, 1998, p. 48 s.

<sup>483</sup> Données statistiques SPACE, créées par le Conseil de l'Europe à l'initiative de P. V. TOURNIER, lues dans X. LAMEYRE, « La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles », art. préc.

<sup>484</sup> A. KENSEY, « Éléments statistiques sur les infractions sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 49 s., spéc. p. 50.

par les instances européennes<sup>485</sup>, il est permis de constater que la France demeure en 2014 le pays européen prononçant le plus souvent des peines privatives de liberté en présence d’infractions sexuelles. S’il semble que le nombre de condamnations ait légèrement diminué<sup>486</sup>, en 2016, près d’un crime sur deux sanctionné est un viol. Toutes circonstances confondues, les viols constituent 42,2 % des crimes sanctionnés<sup>487</sup>. En 2018, 96 % des viols ont été sanctionnés par une peine privative de liberté comportant une partie ferme<sup>488</sup>. Si les condamnations sont moins nombreuses, les peines sont plus lourdes<sup>489</sup>.

Dans un communiqué en date du mois d’août 2007, la ministre de la justice revient sur certaines recommandations communiquées aux parquets précisant que ces derniers devront « requérir qu’aucune réduction de peine supplémentaire ne soit accordée au condamné qui a refusé de suivre des soins en détention », mais également « s’opposer systématiquement à l’octroi de toute mesure de libération conditionnelle si le condamné qui la sollicite n’a pas suivi de soins en détention ou n’accepte pas de poursuivre le traitement qui lui est proposé après sa libération »<sup>490</sup>. À cet égard, il est essentiel de s’intéresser à la durée des peines exécutées.

**144. L’allongement des peines exécutées.** Les peines fermes pour viol ont également connu un allongement considérable au fil des années. Alors qu’elles étaient d’une durée d’environ 70 mois en 1984, celles-ci se stabilisent, au cours des années 2000, autour de 101 à 102 mois<sup>491</sup> pour atteindre, en 2016, 148,8 mois<sup>492</sup>. Cette durée s’explique par l’allongement des périodes de sûreté<sup>493</sup> mais également par le très faible taux de libération conditionnelle. À ce titre, il est intéressant de constater que les auteurs d’homicide semblent plus concernés par la libération

<sup>485</sup> Disponible sur [http://wp.unil.ch/space/files/2016/05/SPACE-I-2014-Report\\_final.1.pdf](http://wp.unil.ch/space/files/2016/05/SPACE-I-2014-Report_final.1.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021)

<sup>486</sup> S. GRUNVALD, « Les violences sexuelles sous le feu des données chiffrées », *AJ Pénal* 2019, p. 344 s., spéc. p. 346.

<sup>487</sup> Statistiques du ministère de la Justice relative aux condamnations en 2016. Disponible sur [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_condamnations2016.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_condamnations2016.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021)

<sup>488</sup> M. JUILLARD et O. TIMBART, sous-direction de la statistique et des études (SDSE), min. de la Justice, Infostat Justice, sept. 2018, n° 164, p. 7. Disponible sur [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_Infostat\\_164.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_164.pdf) (dernière consultation le 17 janvier 2020)

<sup>489</sup> S. GRUNVALD, « Les violences sexuelles sous le feu des données chiffrées », art. préc., spéc. p. 348.

<sup>490</sup> R. DATI, communiqué, 21 août 2007.

<sup>491</sup> F.-L. MARY-PORTAS, « Données statistiques concernant la répression des infractions sexuelles en France. Les condamnations prononcées », in *Les soins obligés ou l’utopie de la triple entente, actes du XXXIII<sup>e</sup> congrès français de criminologie*, Dalloz, 2002, p. 201 s.

<sup>492</sup> Disponible sur <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/donnees-statistiques-10302/les-condamnations-27130.html> (dernière consultation le 31 août 2021)

<sup>493</sup> Loi n° 94-89 du 1<sup>er</sup> février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 2 février 1994.

conditionnelle que les auteurs d'infractions sexuelles<sup>494</sup>. Pourtant, contrairement aux idées véhiculées, les auteurs d'agressions sexuelles récidivent moins souvent que des personnes détenues pour d'autres types de faute. Par exemple, en 2007, le pourcentage de récidive s'élève à 3,8 % pour les délits sexuels tandis qu'il est de 31 % pour les vols-recels<sup>495</sup>. En 2021, une nouvelle étude menée par le ministère de la justice affirme que « les auteurs de violences sexuelles récidivent peu à court terme (12 %) » contrairement aux auteurs de stupéfiants puisque « 29 % des auteurs sont à nouveau condamnés »<sup>496</sup>. S'il est permis de considérer que ce faible taux de récidive est lié à l'efficacité de la sanction pénale, elle ne saurait l'expliquer à elle seule. Les auteurs d'infractions sexuelles sont sans doute plus réceptifs à la sanction pénale car, contrairement à de nombreuses infractions contre les biens, il ne s'agit pas d'une criminalité de métier. La sanction apparaît rapidement dissuasive pour un individu généralement intégré dans la société. De même, la multitude d'infractions sexuelles, notamment sans victime<sup>497</sup>, permet de punir un large éventail d'individus. Tel est notamment le cas concernant les personnes diffusant ou visionnant de la pédopornographie lorsque le mineur n'est que représenté. Les auteurs d'inceste quant à eux, ne récidivent que très rarement une fois extraits du contexte familial. Cependant, le prononcé de peines privatives de liberté n'est pas la seule solution pour retirer le délinquant de son univers familial. L'influence de la morale paraît susciter une aggravation évidente des peines exécutées, parfois à la limite du raisonnable et de la réalité.

**145. Les mœurs pour justification.** Ainsi, depuis le milieu du XX<sup>ème</sup> siècle la répression ne cesse de s'accroître concernant les agressions sexuelles. Qu'il s'agisse de peines encourues, prononcées ou exécutées, les auteurs d'infractions sexuelles font exception dans le domaine carcéral, à l'instar des auteurs d'infractions terroristes. La peine neutre n'existe pas<sup>498</sup>. Nouveaux monstres contemporains<sup>499</sup>, les offenses faites à la liberté et l'intégrité sexuelle, de

---

<sup>494</sup> Voir les travaux de A. KENSEY, « L'aménagement des peines dans sa diversité », *Cahiers de démographie pénitentiaire*, n° 13, septembre 2003 ; P. V. TOURNIER et A. KENSEY, « L'aménagement des peines privatives de liberté, des mesures d'exception » et « L'exécution des peines privatives de liberté. Aménagement ou érosion ? », *Questions pénales*, XIII.3, juin 2000 et XIV.5, déc. 2001.

<sup>495</sup> V. CARRASCO et O. TIMBART, *Les condamnés de 2007 en état de récidive ou de réitération*, Info Stat Justice n° 108, septembre 2010. Disponible sur [http://www.gip-recherche-justice.fr/conference-consensus/art\\_pix/justice\\_subdomain/1\\_1\\_stat\\_infostat108\\_recidive\\_20100913.pdf](http://www.gip-recherche-justice.fr/conference-consensus/art_pix/justice_subdomain/1_1_stat_infostat108_recidive_20100913.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>496</sup> Disponible sur [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_Infostat\\_183.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_183.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>497</sup> Voir *infra* n° 177 s.

<sup>498</sup> TH. PECH, « Genèse de la peine neutre », in A. GARAPON, F. GROS et T. PECH (dir.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001, p. 151.

<sup>499</sup> A. DARSONVILLE et J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale & le sexe*, PU de Nancy, 2015, préface ; J. LEONHARD, « Représentation du Droit sur la sexualité du mineur : droit et non droit », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 9 s., spéc. p. 9 ; D. ZAGURY, « Les

même que les atteintes portées aux mineurs paraissent insupportables. Pour reprendre la métaphore de X. LAMEYRE, « si l'on en juge par la sévérité sanctionnant les crimes de sexe, fréquemment très supérieure à celle réprimant les crimes de sang, l'injonction christique - *Noli me tangere* ! "Ne me touche pas !" aurait dit Jésus ressuscité à Marie-Madeleine qui tentait de l'approcher - prévaudrait désormais, en Occident, sur l'ancestral impératif biblique du *Décalogue* : "Tu ne tueras point" »<sup>500</sup>. Aujourd'hui, la gravité de ces infractions ne réside pas uniquement dans l'entorse faite au droit, mais également dans l'atteinte portée à la morale.

De l'espace territorial à l'espace répressif, tout s'étend et se déforme sous l'effet de la morale de façon parfois irrationnelle<sup>501</sup>. Ces infractions heurtent à tel point qu'elles dépassent les cadres imposés, distordent ce que l'on pensait acquis. Traités de façon extraordinaire, les délinquants sexuels sont également et de façon presque évidente des prisonniers particuliers.

## 2. Des prisonniers particuliers

**146. Une différence ordinaire.** Les auteurs d'infractions sexuelles apparaissent, dans le cadre de la prison, comme des délinquants particuliers. La question qui se pose immédiatement est celle de savoir si ces derniers sont réellement et intrinsèquement particuliers ou si le traitement qui leur est réservé contribue à les rendre différents des autres délinquants. Il semble que ces deux suppositions comportent leur part de vérité. Si certains aspects de leur personnalité sont intimement liés à leur profil de délinquants sexuels, la nature des infractions qu'ils ont commises et la vision que porte la société sur celles-ci, conduisent également à l'application d'un traitement particulier.

**147. Des profils communs.** Bien qu'il ne soit pas envisageable de nier toute individualité aux auteurs d'infractions condamnés pour agressions sexuelles, certaines caractéristiques sont néanmoins remarquables et permettent de les distinguer des autres délinquants. Tout d'abord, les auteurs d'infractions sexuelles sont plus âgés que la moyenne des prisonniers (44 ans

---

nouveaux monstres", plaidoyer pour un traitement raisonné des agresseurs sexuels », in A. CIAVALDINI (dir.), *Violences sexuelles. Le soin sous contrôle judiciaire*, Edition in Press, 2003, p. 37 s. Voir *infra* n° 320 s.

<sup>500</sup> X. LAMEYRE, « Infractions sexuelles : régime pénal spécial applicable après la loi du 9 mars 2004 et avant loi relative au traitement de la récidive », *AJ Pénal* 2005, p. 192 s, spéc. p. 192.

<sup>501</sup> Voir *infra* n° 311 s.

contre 34 pour les autres détenus)<sup>502</sup>. Cette différence peut s'expliquer de plusieurs façons. Tout d'abord, il s'agit d'une délinquance qui commence plus tardivement dans la vie d'un individu. En général, celle-ci dure plus longtemps et l'avancée en âge n'est pas considérée comme un facteur de désistance. D'autre part, l'âge avancé du délinquant pourrait être lié, pour certaines infractions sur mineur, à la difficulté qu'éprouve l'enfant à verbaliser l'acte subi lorsqu'il est encore jeune<sup>503</sup> et les délais de prescription de l'action publique particulièrement conséquents. Enfin, selon A. CIAVALDINI, psychologue, cette délinquance peut se révéler tardivement, en lien avec d'éventuelles altérations dues à l'avancée en âge (démentification)<sup>504</sup>.

**148. Une pathologie imposée.** Concernant le profil psychologique des délinquants sexuels, l'idée commune serait celle d'une pathologie partagée. Au regard du traitement médical qui leur est adressé, tout porte à croire que les auteurs d'agressions sexuelles sont malades<sup>505</sup>. La difficulté éprouvée lorsqu'il s'agit de comprendre de tels actes justifie ce recours immédiat à la folie ou à la maladie. Seule une défaillance psychologique pourrait être à même, non pas de justifier, mais tout du moins d'expliquer de tels actes. Pourtant, il n'en est rien. La délinquance sexuelle ne relève d'aucune pathologie prédéterminée. Sur le plan psychiatrique, les détenus ne représentent pas une population homogène<sup>506</sup>.

Toutefois, les auteurs d'infractions sexuelles proviennent majoritairement d'un environnement familial carencé au niveau éducatif, « générateur d'interactions traumatiques précoces où se rencontrent particulièrement des violences dans l'enfance dont, pour une bonne moitié des auteurs infractions à caractère sexuel, des violences sexuelles (entre 30 et 50 %) »<sup>507</sup>. Les psychologues mentionnent l'existence d'un environnement « insécure » de plus ou moins grande ampleur. Ainsi, A. CIAVALDINI illustre ses propos par une comparaison entre les auteurs

---

<sup>502</sup> J. ALVAREZ et N. GOURMELON, « La prise en charge des auteurs d'agressions sexuelles par l'administration pénitentiaire, État des lieux et nouvelles pratiques », *RSC* 2007, p. 618 s. ; voir également A. CIAVALDINI, « La désistance dans la prise en charge des auteurs d'infractions à caractère sexuel », *AJ Pénal* 2015, p. 130 s.

<sup>503</sup> Cette possibilité justifie également l'allongement de la prescription de l'action publique concernant les crimes et délits sexuels sur mineur, voir *infra* n° 153 s.

<sup>504</sup> A. CIAVALDINI, « La désistance dans la prise en charge des auteurs d'infractions à caractère sexuel », art. préc., spéc. p. 130.

<sup>505</sup> Voir *infra* n° 165 s.

<sup>506</sup> « Les personnels du CRIAVS ont mis en exergue le fait que les AVS constituaient un groupe très hétérogène et que le champ clinique de cette population était complexe », déplacement à Lyon du 19 mars 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, fait au nom de la mission commune d'information sur les politiques publiques de prévention, de détection, d'organisation des signalements et de répression des infractions sexuelles susceptibles d'être commises par des personnes en contact avec des mineurs dans le cadre de l'exercice de leur métier ou de leurs fonctions).

<sup>507</sup> A. CIAVALDINI, « La désistance dans la prise en charge des auteurs d'infractions à caractère sexuel », art. préc., spéc. p. 131.

d’infractions à caractère sexuel et les auteurs de coups et blessures volontaires. Concernant les premiers, 40 % ont été élevés en continu par leurs parents d’origine contre 86 % pour les seconds<sup>508</sup>. Cet ensemble conduit à des déficits multiples, tant au plan de la sexualité et de ses représentations, que dans le registre de l’affectivité ou encore des habiletés sociales. De fait, s’il n’est pas permis de distinguer les auteurs d’infractions sexuelles par une pathologie récurrente, la particularité de leur environnement social témoigne d’une forme de constance.

**149. Une particularité carcérale.** Enfin, en tant que prisonniers, les délinquants sexuels connaissent un traitement spécial imposé par les autres détenus. Au sein des centres de détentions, maisons d’arrêt ou établissement pour peines (centre de détention ou maisons centrales), la *hiérarchie* entre les détenus n’est pas à leur avantage. En effet, tout en bas de l’échelle, les auteurs d’infractions sexuelles surnommés les *pointeurs*, au même titre que les auteurs de crimes sur les enfants, font l’objet de nombreuses violences. Qu’il s’agisse d’insultes, de rackets ou de véritables lynchages ; le quotidien des personnes incarcérées pour de tels motifs apparaît extrêmement difficile<sup>509</sup>.

**150. Des centres particuliers.** Tous ces éléments ont contribué à faire des auteurs d’infractions sexuelles des prisonniers particuliers. Réputés être des détenus tranquilles, plus âgés que la moyenne, moins dangereux, rejetés par les autres condamnés, tout cela a conduit à leur isolement, mais également à la spécialisation de certains établissements comme les centres de détention de Casabianda et de Mauzac dont la population carcérale est à 80 et 85% composée d’auteurs d’agressions sexuelles. De même, le centre pénitentiaire de Caen est réputé pour sa population carcérale largement composée de délinquants sexuels. Afin d’assurer un suivi adapté, en 2008, vingt-deux établissements pénitentiaires ont été spécifiquement désignés pour assurer prioritairement l’accueil de ce public particulier. Ces centres reflètent l’existence d’une particularité chez ces prisonniers, qu’elle soit réelle ou supposée<sup>510</sup>.

La présence de délinquants particuliers, ou traités de façon particulière, engendre l’application d’un espace qui se veut infini. Le territoire français et l’espace carcéral n’ont plus de limites.

---

<sup>508</sup> A. CIAVALDINI, *Psychopathologie des agresseurs sexuels*, Masson, 2001, p. 255.

<sup>509</sup> B. BRAHMY, « La prise en charge des auteurs d’infractions sexuelles en milieu pénitentiaire », *AJ Pénal* 2004, p. 60 s. Voir également l’audition A. FARRUGIA représentant la direction de l’administration pénitentiaire entendue dans le cadre du rapport d’information mené par le Sénat (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d’information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 240 s.).

<sup>510</sup> Sur l’intérêt de conserver ces établissements spécialisés, voir *infra* n° 517 s.



L'atteinte à la morale conduit à ne plus s'embarrasser du droit commun. Régime hyper-dérogatoire, rien n'échappe au législateur qui transforme et façonne la procédure pénale aux enjeux renvoyés par les infractions sexuelles. Le fait que la majorité des citoyens éprouve une vive réaction face aux infractions sexuelles permet également au législateur de s'affranchir des carcans du temps de l'oubli et du soin.

## **§ 2 – Un temps infini**

**151. Un temps malléable.** Au même titre que l'espace, le temps s'étire et s'allonge sous l'effet des mœurs. De cloisonné, il devient, pour les auteurs d'infractions sexuelles, illimité. Le temps de l'oubli, avec la prescription de l'action publique et les fichiers automatisés, au même titre que le temps du soin, qu'il soit incité ou contraint, s'adapte une nouvelle fois au délinquant sexuel, marqué par la nature des faits qu'il aurait commis. Sans oubli, sans pardon, le droit pénal ne connaît plus de frontière lorsqu'il s'agit de saisir l'auteur d'infractions sexuelles. La procédure devient *sui generis* et se déforme pour atteindre l'objectif qu'elle se fixe. Par ailleurs, le temps n'est plus à la répression, mais à la prévention. Le droit pénal se psychologise, se médicalise, pour en fin de compte se déjudiciariser. Le temps du soin est désormais un nouveau temps du droit pénal.

Le droit pénal ne connaît plus l'oubli, puisqu'en amont comme en aval du procès pénal, le temps s'étire pour ne pas laisser sans réponse pénale l'expression d'atteintes aux mœurs (**A**). Enfin, l'impuissance constatée de la matière pénale l'a conduite à se diversifier. La répression cède le pas devant la médication ; voici sonné le temps du soin (**B**).

### **A. Le temps de l'oubli**

**152. L'omission de l'oubli.** Afin de traiter le maximum de comportements déviants, le temps situé antérieurement et postérieurement au procès pénal est distendu. Les délais de prescription sont étirés, leur point de départ est décalé (**1**), les fichiers automatisés gardent en souvenir la trace d'une déviance passée, imposant sans relâche des justifications postérieures à l'exécution de la peine (**2**). Les délinquants sexuels ne connaissent pas le temps de l'oubli.

1. La prescription de l’action publique déformée

**153. Justifications du régime dérogatoire.** Depuis 1989, le domaine de la prescription de l’action publique relatif aux mineurs victimes d’infractions sexuelles est particulièrement sujet aux interventions législatives, convaincues de la nécessité d’un régime dérogatoire pour plusieurs raisons. Tout d’abord, cette extension s’appuie sur une « reconnaissance publique des souffrances endurées »<sup>511</sup>, reconnaissance du statut de victime. S’ajoute à cela la prise en compte des difficultés que peuvent avoir les victimes mineures à dénoncer des agressions sexuelles au regard des circonstances qui entourent l’infraction, de l’intimité dans laquelle cela se passe, du chantage exercé et de la honte ressentie. Étymologiquement, l’*infans* désigne d’ailleurs celui qui ne peut pas parler<sup>512</sup>. Les extensions de l’institution ont pour volonté de pallier les difficultés probatoires quand bien même une condamnation ne saurait reposer uniquement sur les déclarations de la victime<sup>513</sup>. Enfin, ce régime exorbitant s’inscrit naturellement dans l’ensemble du régime dérogatoire relatif aux infractions sexuelles. Dans cette optique, les délais de prescription de droit commun auraient eu pour effet d’entraver le droit des mineurs en garantissant l’impunité des auteurs, facilitée par la fragilité de leurs victimes. Si la récente réforme de la prescription<sup>514</sup>, allongeant les délais de droit commun, a dans un premier temps quelque peu mis à mal cette affirmation du caractère exceptionnel, tout fut mis en œuvre pour que la dérogation soit retrouvée, puisque la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes<sup>515</sup> a immédiatement réintroduit la question de l’exceptionnalité de ces infractions. Enfin, le 21 avril 2021, le législateur est allé encore plus loin en légalisant la

---

<sup>511</sup> A. MIHMAN, *Juger à temps, le juste temps de la réponse pénale*, refonte de la thèse *Contribution à l’étude du temps : pour une approche unie du temps et de la réponse pénale*, L’Harmattan, 2008, p. 118.

<sup>512</sup> En latin, *in-* est un préfixe négatif *-fari* signifie « parler ».

<sup>513</sup> Cass. crim. 11 décembre 2019, n° 19-80.252.

<sup>514</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JO* du 28 février 2017. Pour aller plus loin voir D. BOCCON-GIBOD, « Les exigences contradictoires d’un régime raisonné de la prescription de l’action publique », *AJ Pénal* 2016, p. 297 s. ; B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », *AJ Pénal* 2016, p. 294 s. ; J. BUISSON, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 », *Procédures* n° 4, avril 2017, étude n° 20 ; CH. COURTIN, « La prescription des infractions contre les mineurs », *AJ Pénal* 2016, p. 299 s. ; A. DARSONVILLE, « Recul du point de départ de la prescription de l’action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ Pénal* 2016, p. 306 s. ; P. FARGE, « Attendre et espérer », *AJ Pénal* 2016, p. 292 s. ; CH. GUERY, « De la formule "depuis temps non couvert par la prescription de l’action publique" et de ses effets », *AJ Pénal* 2016, p. 306 s. ; C. INGRAIN et R. LORRAIN, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l’application immédiate de la loi », *Dalloz actualité*, 20 février 2017.

<sup>515</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018.

« prescription glissante »<sup>516</sup>. Cette invention permet à une infraction sexuelle sur mineur<sup>517</sup> de voir son délai de prescription prolongé en présence d'une nouvelle infraction, sur un autre mineur, par le même auteur. La prescription glissante s'oppose à l'oubli des victimes les plus anciennes et tend à considérer les infractions sexuelles commises par le même auteur comme un ensemble à sanctionner.

**154. Première étape dérogoire.** Afin de comprendre notre droit positif, il est nécessaire de revenir sur l'évolution législative de la prescription de l'action publique. Alors que le droit commun disposant que le délai de prescription de l'action publique court à partir de la commission de l'infraction, la loi du 10 juillet 1989, relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance<sup>518</sup>, fut la première à créer un régime dérogoire. Cette loi a modifié l'article 7 du Code de procédure pénale relatif à la prescription en matière criminelle afin de décaler le point de départ de la prescription. Depuis cette loi, lorsque la victime est mineure et que le crime a été commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par une personne ayant autorité sur elle, le délai de prescription est réouvert ou court à nouveau à son profit à partir de sa majorité. Textuellement limitée aux crimes, la Cour de cassation a rapidement étendu le système dérogoire aux délits<sup>519</sup>. Cette démarche jurisprudentielle était justifiée par le fait que l'article 8 du Code de procédure pénale effectuait un renvoi à l'article 7 : « en matière de délit, la prescription de l'action publique est de 3 ans ; elle s'accomplit selon les dispositions spécifiées à l'article précédent ». Néanmoins, il est important de rappeler qu'à l'époque où le renvoi a été introduit, la loi de 1989 n'avait pas ajouté la dérogation en question. D'ailleurs, à la lecture des travaux parlementaires, le fait de cantonner la dérogation aux crimes semblait être un choix conscient et réfléchi : « l'adoption d'une exception similaire pour les délits commis sur mineur [...] pourrait être envisagée. Il n'est toutefois pas certain que ces modifications permettraient une répression plus efficace de ces agissements particulièrement odieux »<sup>520</sup>.

---

<sup>516</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021. Voir articles 7 et suivants. Sur la loi du 21 avril 2021 voir notamment J. LEONHARD, « La loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste : entre illusions et désillusions », *AJ Pénal* 2021, p. 301 s. ; J.-B. PERRIER, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs », *RSC* 2021, p. 454 s.

<sup>517</sup> Viol, agression sexuelle ou atteinte sexuelle.

<sup>518</sup> Loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, *JO* du 14 juillet 1989.

<sup>519</sup> Cass. crim. 30 novembre 1994, *Bull. crim.*, n° 389 ; réaffirmé par la Cass. crim. 28 févr. 1995, *Bull. crim.*, n° 87.

<sup>520</sup> Rép. quest. écrite n° 4267, *JO Sénat*, Q, 17 mars 1994, p. 605, cité par CH. GUERY « Crimes et délits contre les mineurs par ascendants. Quelle prescription ? », *D.* 1997, p. 138 s.

**155. Modifications légères.** Par la suite, la loi du 4 février 1995<sup>521</sup> modifie la rédaction de l'ancien article 7 du Code de procédure pénale et ajoute un alinéa supplémentaire à l'article 8. Cette loi remplace « le délai de prescription est rouvert ou court à nouveau » par la formule « le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir » ; ce qui n'altère en rien le droit positif. Le 17 juin 1998<sup>522</sup>, une nouvelle loi intervient pour ôter la référence faite à l'ascendant et aux personnes ayant autorité. Désormais, la minorité de la victime est l'unique condition à la dérogation. Tous les crimes ainsi que les délits énumérés par l'article 8 du Code de procédure pénale connaissent un report de leur point de départ pour les victimes mineures. Par ailleurs, cette même année, le délai de prescription des infractions prévu aux articles 222-30 et 227-26 du Code pénal atteint dix ans. Le 18 mars 2003<sup>523</sup> une nouvelle loi vient à son tour élargir la liste des délits visés à l'article 8 du Code de procédure pénale.

**156. Ante réforme.** Les interventions législatives ne s'arrêtent pas là. En effet, la loi Perben II en date du 9 mars 2004<sup>524</sup> vient une fois de plus bousculer le régime en vigueur. Alors que les lois de 1989 et de 1998 se référaient à tous les crimes commis contre un mineur, la loi du 9 mars 2004 énumère les infractions exhaustivement. Avant même qu'une loi puisse être éprouvée par les citoyens, avant même qu'elle soit appliquée, avant même d'avoir un recul suffisant pour évaluer ses effets, le législateur s'engage dans une nouvelle loi. Ainsi, cette nouvelle loi ajoute un renvoi à l'article 706-47 du Code de procédure pénale qui se réfère au « meurtre ou [à l']assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteintes sexuelles, de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur ».

Au sujet des délits, les choses s'obscurcissent. Suite à la loi Perben II, seuls ceux énumérés font l'objet d'un traitement dérogatoire. Si aucune condamnation n'était intervenue, l'infraction qui ne figurait pas dans la liste retombait dans la prescription de droit commun. De fait, les coups et blessures volontaires et le proxénétisme sur mineur qui se prescrivaient au bout d'un délai de trois ans à partir de la majorité, se prescrivent désormais par trois ans à compter des faits. La suppression du proxénétisme s'est accompagnée de l'introduction du délit de recours au

---

<sup>521</sup> Loi n° 95-116 du 4 février 1995 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* du 5 février 1995.

<sup>522</sup> 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, *JO* du 18 janvier 1998.

<sup>523</sup> Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO* du 19 mars 2003.

<sup>524</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* du 10 mars 2004.

proxénétisme d'un mineur<sup>525</sup>. On supprimait le proxénète tout en ajoutant la répression du client à la liste<sup>526</sup>... La logique intrinsèque s'évapore. Afin de mieux cerner les incohérences de ce texte, prenons l'exemple d'une tentative de meurtre commise en 2004 sur un mineur né en 1994. Celle-ci était prescrite en 2014, soit 10 ans après les faits. En revanche, une agression sexuelle commise avec une personne ayant autorité se prescrivait en 2032, soit 20 ans après la majorité de la victime. La sexualité centralise tant les angoisses que la cohérence disparaît. L'extraordinaire régime relatif aux infractions sexuelles sur mineur se manifeste également à travers l'extraordinaire difficulté éprouvée lorsqu'il s'agit de le maîtriser tout à fait, tant les lois se superposent, tant la jurisprudence intervient et tant le législateur semble faire du cas par cas, en dépit d'une cohérence affichée<sup>527</sup>.

**157. Post réforme.** Finalement, l'alinéa 3 de l'article 7 du Code de procédure pénale est supprimé par la réforme de 2017<sup>528</sup>. Dans un premier temps, alors que certaines infractions présentes à l'article 706-47 du Code de procédure pénale<sup>529</sup> connaissaient un régime dérogatoire et un délai de prescription de l'action publique fixé à vingt ans, cette exception s'est fondue dans le droit commun. Le délai de prescription de l'action publique en matière criminelle est aujourd'hui égal à vingt ans et ce, de façon générale<sup>530</sup>. Toutefois, cette absorption du régime dérogatoire par le régime de droit commun fut de courte durée puisque la loi dite SCHIAPPA a rapidement allongé le délai de prescription à trente ans pour les crimes mentionnés à l'article

---

<sup>525</sup> Article 225-12-1 du Code pénal.

<sup>526</sup> CH. GUERY, « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », *D.* 2004, p. 3015 s.

<sup>527</sup> L'application dans le temps de ces différentes lois a suscité de nombreuses hésitations. Tout d'abord, la loi du 10 juillet 1989, si elle était sans effet sur les crimes déjà prescrits, s'est vue dotée d'une application immédiate et ce, en dépit de l'article 112-2 alinéa 4 et du fait qu'elle soit plus sévère. Concernant la loi du 4 février 1995 qui ne fit que modifier quelques termes des articles 7 et 8 du Code de procédure pénale (« le délai de prescription est rouvert ou court à nouveau » fut remplacé par « le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir »), la question de l'application dans le temps de cette loi n'en fut pas pour autant facilitée. Intervention *a priori* anodine, il n'en fut rien. En effet, si l'on considère que l'article 8 ne renvoyait pas à cette disposition de l'article 7, alors la loi était plus sévère et l'application ne pouvait être immédiate selon le principe de non rétroactivité de la loi pénale. En revanche, si l'on considère que le renvoi existait déjà, la loi n'était pas considérée comme étant plus sévère, la modification effectuée n'avait aucun impact. Si la jurisprudence avait refusé l'application immédiate de la loi de 1995, alors, elle avouait avoir eu une interprétation erronée de la loi en considérant que l'article 8 renvoyait à l'article 7 dans ces dispositions dérogatoires. Tel ne fut pas le cas et la jurisprudence attesta du fait que la rédaction du Code de procédure pénale autorisait déjà, avant l'intervention de la loi du 4 février 1995, la réouverture du délai de prescription dans le cas prévu à l'alinéa 3 de l'article 7 du même Code.

<sup>528</sup> Cet article indiquait que : « Le délai de prescription de l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code et le crime prévu par l'article 222-10 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, est de vingt ans et ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers ». Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JO* du 28 février 2017.

<sup>529</sup> Sur cet article et son aspect chaotique, voir *infra* n° 312.

<sup>530</sup> Article 7 du Code de procédure pénale.

706-47 du Code de procédure pénale, dont le champ d'application s'est élargi pour l'occasion<sup>531</sup> puisqu'il intègre les crimes de violences sur un mineur de quinze ans ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente prévus à l'article 222-10 du Code pénal. L'exceptionnalité est rétablie.

En revanche, en matière délictuelle, le second alinéa de l'article 8 du Code de procédure pénale prévoit deux délais divergeant selon l'infraction commise. Tout d'abord, par renvoi à l'article 706-47 du Code de procédure pénale, à l'exception de ceux mentionnés aux articles 222-29-1<sup>532</sup> et 227-26<sup>533</sup> du Code pénal, l'article prévoit que ces infractions se prescrivent par dix ans à compter de la majorité du mineur. Enfin, il existe un second renvoi aux articles 222-12, 222-29-1 et 227-26 du Code pénal, relatif aux atteintes sexuelles et aux atteintes sexuelles aggravées. Ce dernier précise que ces infractions se prescrivent par vingt ans, désormais délai de droit commun en matière criminelle. Qu'il s'agisse des crimes ou des délits, les délais ne commencent à courir qu'à la majorité de la victime. Les délais allongés s'ajoutent donc à un point de départ déporté. S'il était loisible de penser le bout des possibilités avait été atteint, une nouvelle idée du législateur vient chambouler ce régime chancelant : la « prescription glissante »<sup>534</sup>. Cette nouveauté permet d'extirper certaines infractions de l'oubli en prolongeant leur délai de prescription. La similitude de l'auteur tend à faire disparaître la pluralité de victimes. Désormais, les infractions sexuelles commises par la même personne formeront un ensemble indivisible, soumis au délai de prescription du dernier fait répréhensible<sup>535</sup>.

**158. Entre raison et précipitation.** Désignées comme étant « kafkaiennes »<sup>536</sup> par certains auteurs, les compilations législatives laissent perplexe. Loin d'être cohérentes, loin d'être

<sup>531</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018.

<sup>532</sup> L'article 222-29-1 dispose que « les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende lorsqu'elles sont imposées à un mineur de quinze ans ».

<sup>533</sup> L'article 227-26 dispose que « L'infraction définie à l'article 227-25 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende :

1° Lorsqu'elle est commise par une personne majeure ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ;

2° Lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

3° Lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

4° Lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique ;

5° Lorsqu'elle est commise par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants ».

<sup>534</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>535</sup> Sur la dangerosité de la prescription glissante, voir *infra* n° 454.

<sup>536</sup> CH. GUERY, « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », art. préc.

lisibles, elles manifestent une certaine précipitation de la part du législateur. Or, précipitation et raison juridique ne se marient guère. Certains délits connaissent un délai de prescription similaire aux crimes de droit commun. La logique de la classification tripartite a tout à fait disparu sous le coup des dérogations législatives. Néanmoins, cela ne suffit pas et certains considèrent que les délais de prescription ne sont toujours pas satisfaisants, plaidant ainsi une imprescriptibilité en la matière<sup>537</sup>.

L'atteinte portée aux mœurs engendre des réactions vives et spasmodiques. Le droit ne fait pas tant trembler l'homme. Il faut qu'elle s'ajoute aux mœurs pour que celui-ci frémisses. Avant la condamnation, le temps s'éternise. La prescription de l'action publique n'existe que sur le papier, car les possibilités de poursuites n'ont que peu de frontières. Aux délais dérogatoires s'ajoute le déplacement du point de départ, auquel se greffent les suspensions et interruptions infinies. Si avant la condamnation le temps s'éternise, après celle-ci, il ne cesse de s'allonger.

## *2. Le fichage éternel*

**159. Un fichier extensible**<sup>538</sup>. Concernant le fichage des individus, les auteurs d'infractions sexuelles font une nouvelle fois figure d'exception. Tout d'abord, contrairement aux autres condamnés, ils échappent à l'article 775-1 du Code de procédure du pénale qui prévoit les modalités permettant d'exclure la mention d'une condamnation du bulletin n° 2. En effet, souhaitant protéger la société de l'immoralité de ces individus<sup>539</sup>, le troisième alinéa de l'article 775-1 du Code de procédure pénale renvoie immédiatement au fameux article 706-47 de ce même Code, qui décline toutes les infractions de nature sexuelle faisant l'objet d'une procédure particulière, afin de l'en exclure.

---

<sup>537</sup> P. LELLOUCHE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 3679 du 20 mars 2002 tendant à rendre imprescriptibles les infractions sexuelles commises contre les mineurs présentées ; M. JOISSAINS-MASINE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 200 du 24 septembre 2002 tendant à renforcer la protection des mineurs victimes d'agressions sexuelles ; M. LE FUR et F. GILARD, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 230 du 27 septembre 2007 visant à assurer l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis sur les mineurs ; A. HOUPERT, Sénat, Proposition de loi n° 719 du 14 septembre 2017 tendant à rendre imprescriptibles les crimes et délits sexuels sur mineurs ; en faveur de l'imprescriptibilité voir également M. KEDIA, G. LOPEZ, I. SAILLOT et J. VANDERLINDEN, *Dissociation et mémoire traumatique*, Dunod, 2012.

<sup>538</sup> Sur le sujet voir notamment V. GAUTRON, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Fichiers de police, mars 2019 ; V. GAUTRON, « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pénal* 2007, p. 57 s. ; C. GIRAULT, « Identification et identité génétique », *AJ Pénal* 2010, p. 225 s.

<sup>539</sup> M. HERZOG-EVANS, « Le sens de l'effacement de la peine », *AJ Pénal* 2007, p. 412 s.

**160. Un fichier complémentaire.** Cependant, ce dispositif ne semblait pas suffisant pour celui qui enfreint la loi et heurte les mœurs de son époque. Suite à un fait divers particulièrement sordide<sup>540</sup>, la France se dote en 2004, d’un nouveau fichier destiné à recenser les auteurs d’infractions sexuelles<sup>541</sup>, le fichier national automatisé des auteurs d’infractions sexuelles (FIJAIS). Pourtant, depuis 1998, il existe déjà le fichier national automatisé destiné à centraliser et à stocker les traces et empreintes digitales (FNAED) des personnes condamnées dont l’objet était au départ similaire puisqu’il se concentrait autour des crimes ou des délits sexuels<sup>542</sup>. Avec le temps, le FNAED s’est particulièrement étendu mais il demeure imparfait. En effet, son objectif est limité car ils se contente de recenser un certain nombre d’empreintes. Considéré comme insuffisant, les évènements médiatiques mettent en exergue la nécessité de perfectionner cet outil afin de connaître la localisation des délinquants sexuels sortis de prison. Pour cela, la France acquiert en 2004 un nouveau fichier, le FIJAIS, destiné à compléter le FNAED. L’objectif de ce nouveau fichier est évident<sup>543</sup> : il s’agit d’établir un outil permettant de connaître l’adresse des délinquants sexuels suite à leur condamnation, même non définitive, ou à une décision, même non encore définitive, prononçant une mesure éducative, une dispense de mesure éducative ou une déclaration de réussite éducative à l’égard d’un mineur, suite à une composition pénale, une mise en examen<sup>544</sup> voire même, une déclaration d’irresponsabilité<sup>545</sup>. Alors qu’il aurait été envisageable de compléter directement le FNAED, le législateur crée un nouveau fichier, marquant une nouvelle fois l’exceptionnalité des procédures relatives aux infractions sexuelles.

**161. Un fichier extensible.** Au fil des débats, les conditions proposées pour le FIJAISV s’étendent et s’étirent. Les infractions initialement concernées, celles présentes à l’article 706-47 du Code de procédure pénale, ne semblent pas suffire. Progressivement s’y ajoute l’exhibition sexuelle puis, l’année suivante, le FIJAIS se transforme en FIJAISV, fichier

---

<sup>540</sup> Procès en 2003 de Jean-Luc BLANCHE, voleur et violeur multirécidiviste surnommé le « routard du viol ».

<sup>541</sup> Articles 706-53-1 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>542</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998, article 28 : « Art. 706-54. - Il est créé un fichier national automatisé destiné à centraliser les traces génétiques ainsi que les empreintes génétiques des personnes condamnées pour l’une des infractions visées à l’article 706-47 en vue de faciliter l’identification et la recherche des auteurs d’infractions sexuelles ».

<sup>543</sup> Voir l’ensemble des travaux parlementaires relatifs à la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, *JO* du 10 mars 2004.

<sup>544</sup> Depuis la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, *JO* du 31 juillet 2020, l’inscription s’avère d’ailleurs automatique en matière criminelle, sauf décision motivée du juge d’instruction (article 706-53-2 du Code de procédure pénale).

<sup>545</sup> Article 706-53-2 du Code de procédure pénale.



judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes<sup>546</sup>. La liste des infractions s'étend également grâce à la modification de l'article 706-47 du Code de procédure pénale auquel fait directement référence l'article 706-53-1 du même Code, relatif au FIJAISV, pour accueillir le meurtre ou l'assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les tortures ou actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale... À cet égard, R. BADINTER ironise au cours des débats : « Proposez l'appellation suivante "fichier des auteurs d'infractions". Ainsi, vous ouvrez la voie à l'avenir que vous nous laissez entrevoir »<sup>547</sup>. Les choses sont claires, ce fichier, à l'image de beaucoup d'éléments de la procédure pénale, débute par une concentration autour des infractions sexuelles, pour s'étendre peu à peu au point de devenir le régime général<sup>548</sup>.

**162. Un fichier protéiforme.** Pour le reste, ce fichier apparaît particulièrement complet. À la fois judiciaire et policier, il était prévu que celui-ci soit consultable par les autorités de police dans le cadre d'une enquête sur une infraction sexuelle ; mais les débats parlementaires ne s'en contentent pas<sup>549</sup>. Désormais, le FIJAISV peut également être consulté par les officiers de police judiciaire en présence d'atteinte volontaire à la vie, d'enlèvement ou de séquestration, pour s'étendre à toutes les infractions à partir du moment où l'OPJ agit sur instruction du procureur de la République ou du juge d'instruction ou avec l'autorisation de ce magistrat<sup>550</sup>. Il est également accessible aux agents des greffes spécialement habilités par les chefs d'établissement pénitentiaire.

Judiciaire et policier, le FIJAISV est aussi administratif, puisqu'il est accessible aux préfets et administrations de l'État pour les décisions administratives de recrutement, d'affectation, d'autorisation, d'agrément ou d'habilitation ainsi que le contrôle des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs<sup>551</sup>. Cette accessibilité pourrait également s'étendre puisque le rapport de la mission commune d'information sur les politiques publiques de prévention, de détection, d'organisation des signalements et de répression des infractions sexuelles susceptibles d'être commises par des personnes en contact avec des mineurs dans le

---

<sup>546</sup> Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO* du 13 décembre 2005.

<sup>547</sup> Compte rendu intégral des débats en séance publique, Sénat du 25 et 26 octobre 2005, 2<sup>ème</sup> lecture.

<sup>548</sup> Voir *infra* n° 582 s.

<sup>549</sup> F. ZOCCHETTO, Rapport d'information du Sénat n° 148 du 14 janvier 2004 relatif à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

<sup>550</sup> Article 706-53-7 du Code de procédure pénale.

<sup>551</sup> Article 706-53-7 du Code de procédure pénale.

cadre de l’exercice de leur métier ou de leur fonction a fait figurer parmi leurs trente-huit propositions l’extension de l’accessibilité du FIJAISV<sup>552</sup>. L’objectif serait de rendre le fichier consultable pour les recrutements opérés par les collectivités territoriales ou les bénévoles du milieu sportif. Ainsi, l’employeur devrait pouvoir faire une télé-déclaration grâce à une application sécurisée qui interrogerait le fichier. Par la suite, le ministère serait informé des retours positifs et il informerait l’employeur. Sans se confondre avec le système des États-Unis où le fichier est tout simplement accessible au public, la comparaison, bien que dystopique, mérite d’être faite.

**163. Des obligations supplémentaires.** L’objet premier du FIJAIS réside dans les obligations qui en découlent. Ces obligations imposent au délinquant de justifier son adresse et tous changements d’adresse dans les quinze jours suivant l’emménagement<sup>553</sup>. S’il s’agit d’un crime ou d’un délit puni de dix ans d’emprisonnement, l’individu doit justifier son adresse tous les six mois au commissariat ou à la brigade de gendarmerie. Si la dangerosité de l’individu le nécessite, le juge d’application des peines ou le juge d’instruction peut imposer un rythme plus contraignant, par l’obligation d’une justification mensuelle. Enfin, en présence d’une récidive, le pointage mensuel est appliqué de plein droit, avec tout de même une exception concernant les mineurs de treize à dix-huit ans, qui ne peuvent se voir appliquer cette obligation que si la peine encourue est supérieure à vingt ans. Le non-respect de ces obligations est puni de deux ans d’emprisonnement et 30 000 € d’amende<sup>554</sup>.

Lors des débats parlementaires, R. BADINTER et M. DREYFUS-SCHMIDT ont tenté de dévoiler les limites de ces obligations<sup>555</sup>. Selon eux, l’un des risques résidait dans la différence entre les peines encourues et les peines prononcées. Ces obligations, en se fixant sur les peines encourues, pouvaient être particulièrement éloignées de la réalité. En effet, un complice, ayant par exemple seulement conduit une voiture, se voit condamné à un an avec sursis. Pourtant, ce dernier sera tout à fait accessible à l’obligation de justification d’adresse durant plusieurs dizaines d’années, tous les six mois, ce qui semble quelque peu disproportionné. De même, il peut paraître excessif de punir d’une peine d’emprisonnement une personne n’ayant pas justifié son adresse, quand bien même celle-ci n’aurait pas changé par rapport à sa dernière déclaration. Enfin, ces deux sénateurs considèrent qu’il est également déraisonnable d’imposer à l’ex délinquant de se

---

<sup>552</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d’information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.

<sup>553</sup> Article 706-53-5 du Code de procédure pénale.

<sup>554</sup> Article 706-53-3 du Code de procédure pénale.

<sup>555</sup> Compte rendu intégral des débats en séance publique, Sénat du 20, 21 et 23 janvier 2004, 2<sup>ème</sup> lecture.

déplacer dans le bâtiment des services d'enquête tous les six mois, alors qu'une lettre recommandée suffirait. Selon R. BADINTER et M. DREYFUS-SCHMIDT, le risque de rumeurs au sein des petits villages est conséquent, si bien que se pose la question de la réinsertion. Selon R. BADINTER, il s'agit bien d'une peine, « d'une peine ajoutée à la peine »<sup>556</sup>. Ces arguments sont cependant restés lettre morte. Les infractions sexuelles suscitent une telle horreur, sans doute parce qu'elles dépassent le droit pour atteindre la morale, que ces inquiétudes sont demeurées sans effet. À ce titre, F. ZOCCHETTO a répondu aux critiques en précisant que ces risques concernaient seulement les infractions les plus graves et qu'il existait une possibilité de relever ou d'espacer les justifications. Selon lui, ces possibilités permettaient de légitimer la totalité du système. Pourtant, depuis 2021, la peine minimale encourue n'est plus exigée lorsque la victime est mineure<sup>557</sup>. La gravité n'est plus une condition. Seule demeure l'interdiction d'associer mineur et sexualité.

**164. Des obligations trop faibles pour être une peine.** De la même façon, selon la Cour européenne des droits de l'homme, le FIJAISV n'est effectivement pas une peine<sup>558</sup>. L'obligation de justification n'apparaît pas suffisamment contraignante pour être considérée comme cela<sup>559</sup>. La CEDH estime qu'une peine doit être autonome<sup>560</sup> ce qui n'est pas le cas de l'obligation découlant du FIJAISV. Il s'agirait, selon la Cour, d'une mesure de sûreté préventive et, à ce titre, le principe de non rétroactivité ne trouverait pas à s'appliquer<sup>561</sup>. Selon les termes employés par le Conseil constitutionnel, le FIJAISV n'est pas une mesure de sûreté, mais une « mesure de police »<sup>562</sup>. Finalement, au regard de toutes ces hypothèses, le FIJAISV est doté d'une forme hybride que les juridictions tentent par tous les moyens d'éviter de qualifier. Elles hésitent à apposer l'appellation « mesure de sûreté »<sup>563</sup> ; peut-être est-ce parce que la notion de

---

<sup>556</sup> *Ibidem*.

<sup>557</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, JO du 22 avril 2021. Selon l'article 706-53-2 du Code de procédure pénale : « Par dérogation au dixième alinéa, les décisions sont inscrites dans le fichier, quelle que soit la durée de la peine, si la victime des délits prévus à l'article 706-47 est mineure. Toutefois, s'il s'agit d'un délit puni d'une peine d'emprisonnement inférieure à cinq ans, la juridiction ou, dans les cas prévus aux 3° et 4° du présent article, le procureur de la République peut, par décision spécialement motivée, dire que la décision ne sera pas inscrite au fichier ».

<sup>558</sup> CEDH 17 décembre 2009, n° 65941/11, *B. c/ France*.

<sup>559</sup> K. GACHI, « Fichier des délinquants sexuels : position de la CEDH », *D.* 2010, p. 93 s. ; D. ROETS, « L'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : une mesure préventive hors du champ d'application du principe de non-rétroactivité », *RSC* 2010, p. 239 s.

<sup>560</sup> CEDH 9 février 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni*.

<sup>561</sup> CEDH 17 décembre 2009, n° 16428/05, *Gardel c./ France*, § 43 s. ; CEDH 17 décembre 2009, n° 22115/06, *M.B. c./ France*, § 39.

<sup>562</sup> Cons. const. 2 mars 2004, DC n° 2004-492, JO du 10 mars 2004.

<sup>563</sup> L. PRIOU-ALIBERT, « Infraction sexuelle : consécration de l'automatisme de l'inscription au fichier », *Dalloz actualité*, 24 mars 2010.

dangereuse n’est pas expressément présente, si ce n’est au stade de l’effacement, concernant l’expertise médicale<sup>564</sup>. Les infractions sexuelles suscitent des outils amphibiens, impossibles à classer. La fin semble justifier les moyens et la position intermédiaire de ce fichier permet d’assurer sa survie, par un enrichissement rapide, du fait de la non-application du principe essentiel en droit pénal, la non-rétroactivité de la loi pénale<sup>565</sup>.

En définitive, les infractions sexuelles permettent une nouvelle fois d’engendrer un régime exorbitant qui leur est, à première vue, immédiatement et précisément destiné. L’oubli est impossible. Le législateur souhaite, avant comme après la condamnation, une inscription éternelle, peinant à oublier ou pardonner. De plus, au-delà de la mémoire, la prise en charge des délinquants sexuels se distingue également par le suivi médical qui leur est proposé ou imposé.

## **B. Le temps du soin**

**165. Soigner le délinquant.** Le délinquant, et particulièrement le délinquant sexuel, est aujourd’hui devenu un individu malade<sup>566</sup>. Impossible de concevoir qu’une personne saine d’esprit puisse porter atteinte à l’intégrité sexuelle d’un de ses semblables. S’impose progressivement la nécessité du soin. Le temps pénal accueille désormais en son sein un objectif médical. Injonction (1) ou obligation (2), tout pousse le délinquant à se soigner, n’hésitant pas à dénaturer la matière pénale pour ce faire.

### *1. L’injonction aux soins*

**166. Une injonction protéiforme.** La première forme que le droit pénal entretient avec le soin pourrait s’apparenter à une incitation, voire une injonction. Au sens étymologique, l’injonction est issue du latin *injunctionem* et de *injungere* qui signifie commander expressément et avec autorité<sup>567</sup>.

---

<sup>564</sup> Article 706-53-10 alinéa 4 du Code de procédure pénale.

<sup>565</sup> Sur l’ignorance des grands principes lorsqu’il s’agit d’infractions sexuelles, voir *infra* n° 288 ; sur la reconsidération des différences entre les peines et les mesures de sûreté, voir *infra* n° 476 s.

<sup>566</sup> PH. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Droit pénal*, février 2010, étude n° 3.

<sup>567</sup> Selon l’Académie française : « Action d’enjoindre ; ordre formel, commandement exprès », [www.academie-francaise.fr](http://www.academie-francaise.fr), v° injonction.

À ce titre, la pression thérapeutique se rencontre sous différentes formes au sein de la matière pénale. À l'origine, cette fièvre guérissante est issue de la loi du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie, et à la répression du trafic et de l'usage illicite des substances vénéneuses<sup>568</sup> ayant créé en France le mécanisme de l'injonction thérapeutique<sup>569</sup>. Dès lors, le droit pénal s'est chargé de soigner les délinquants. Toutefois, limitée dans son domaine d'application, l'injonction thérapeutique n'est qu'une première étape. Le législateur généralise cette démarche en créant l'injonction de soins dont le domaine d'application s'avère bien plus large. Cette incitation s'est développée dans le cadre du suivi-socio judiciaire (SSJ)<sup>570</sup> introduit par la loi du 17 juin 1998<sup>571</sup>. Lors de sa création, l'injonction de soins gravitait essentiellement autour des infractions sexuelles. Le Code pénal visait le meurtre ou l'assassinat précédé ou accompagné de viol, de tortures ou d'actes de barbarie<sup>572</sup>, le viol et les autres agressions sexuelles<sup>573</sup>, mais également la corruption de mineur<sup>574</sup>, les atteintes sexuelles sur mineur<sup>575</sup> en passant par la diffusion d'images présentant un caractère pornographique<sup>576</sup>. Puis, progressivement, d'autres infractions ont été visées. La loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales<sup>577</sup> et la loi du 5 mars 2007 relative à la

<sup>568</sup> Loi n° 70-1320 du 31 décembre 1970 relative aux mesures sanitaires de lutte contre la toxicomanie et la répression du trafic et de l'usage illicite de substances vénéneuses, *JO* du 3 janvier 1971.

<sup>569</sup> P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *Revue internationale de droit pénal* 2011, n° 82, p. 19 s. ; spéc. p. 23 s.

<sup>570</sup> Article 131-36-1 du Code pénal. Sur le suivi socio-judiciaire, voir notamment E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1065 s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 614 s. ; X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 397 s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 582 ; J. CASTAGNEDE, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999, p. 23 s. ; A. CIAVALDINI, « La désistance dans la prise en charge des auteurs d'infractions à caractère sexuel », art. préc. ; P. COUVROT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 1999, p. 376 s. ; P. DARBEDA, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *RSC* 2001, p. 624 s. ; B. LAVIELLE, « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels, un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *RSC* 1999, p. 35 s. ; X. LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », *RSC* 2001, p. 521 s.

<sup>571</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998 ; voir l'*AJ Pénal*, février 2009, consacré un dossier à la loi du 17 juin 1998.

<sup>572</sup> Article 221-9-1 du Code pénal.

<sup>573</sup> Article 222-48-1 du Code pénal qui renvoie aux articles 222-23 à 222-32 du Code pénal.

<sup>574</sup> Article 227-22 du Code pénal.

<sup>575</sup> Article 227-25 du Code pénal.

<sup>576</sup> Article 227-31 du Code pénal.

<sup>577</sup> Désormais, sont également visés les crimes d'atteinte volontaire à la vie des personnes : meurtre, meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime, assassinat, meurtre aggravé, empoisonnement (article 221-9-1 du Code pénal qui renvoie aux articles 221-1 à 221-5-3 du Code pénal) ; les crimes d'enlèvement et de séquestration (article 224-10 du Code pénal qui renvoie aux articles 224-1 à 224-5-2 du Code pénal) ; les tortures ou actes de barbarie (article 222-48-1 du Code pénal) ; ainsi que la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, ainsi que le fait de diffuser par tout moyen des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction (article 322-18 du Code pénal qui renvoie aux articles 322-6 à 322-11 du Code pénal).

prévention de la délinquance<sup>578</sup> ont étendu les infractions pouvant être punies par un suivi socio-judiciaire pour inclure les atteintes à la vie et même aux biens. Selon P. PONCELA « la loi du 12 décembre 2005 marque le passage pour le SSJ de peine complémentaire spécifique à la délinquance sexuelle, à une peine complémentaire générale, caractère confirmé par la loi du 5 mars 2007 »<sup>579</sup>. Toutefois, d’après l’étude menée par l’Observatoire national de la délinquance et des réponses pénales, 90 % des injonctions de soins qui sont prononcées concernent des infractions sexuelles<sup>580</sup>.

En outre, depuis la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d’irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, l’injonction de soins s’impose également dans le cadre de la surveillance de sûreté<sup>581</sup>. Cette mesure peut également être prononcée par les juridictions de l’application des peines dans le cadre de la libération conditionnelle<sup>582</sup> et de la surveillance judiciaire<sup>583</sup>. Depuis 2019<sup>584</sup>, elle est également envisageable pour un sursis probatoire<sup>585</sup>. Le dénominateur commun à toutes ces mesures est la nécessité d’avoir été condamné pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru. Cette condition ne devrait pas s’avérer limitante au regard de l’étendue des infractions visées par cette peine.

**167. L’affirmation de l’injonction.** Toutefois, pour être soigné, encore faut-il y consentir. Selon l’article 131-36-4 du Code pénal le président de la juridiction qui prononce le suivi socio-judiciaire « avertit alors le condamné qu’aucun traitement ne pourra être entrepris sans son consentement »<sup>586</sup>. Cette nécessité du consentement est la condition *sine qua non* à la licéité de

---

<sup>578</sup> Cette loi a soumis au suivi socio-judiciaire les actes de violence contre les personnes commis par le conjoint ou ex-conjoint ou le concubin ou ex-concubin de la victime ou le partenaire ou ex-partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité (article 222-48-1 du Code pénal) ; les actes de violence commis sur un mineur de quinze ans, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime. Par ailleurs le suivi socio-judiciaire est obligatoire en matière correctionnelle, sauf décision contraire de la juridiction, si ces violences sont commises de manière habituelle (article 222-48-1 du Code pénal) ; le délit de propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique (articles 227-22-1 et 227-31 du Code pénal).

<sup>579</sup> P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC* 2007, p. 883 s., spéc. p. 888.

<sup>580</sup> ONDRP, *État des lieux d’un dispositif de soins pénalement ordonnés : l’injonction de soins*, Grand angle n° 49, novembre 2018.

<sup>581</sup> Article 706-53-19 du Code de procédure pénale.

<sup>582</sup> Article 731-1 du Code de procédure pénale.

<sup>583</sup> Article 723-30 du Code de procédure pénale.

<sup>584</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* du 24 mars 2019.

<sup>585</sup> Article 132-45, 22° du Code pénal.

<sup>586</sup> Néanmoins, rappelons que « la loi du 25 février 2008 et surtout celle du 10 mars 2010 ont supprimé ce formalisme en réduisant la disposition à son strict minimum : le premier texte a supprimé la condition d’agrément du médecin pour prescrire un médicament inhibiteur de libido, et le second a supprimé l’écrit et le renouvellement du consentement », J.-P. VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, Thèse, Université de Lorraine, 2013, p. 301.

l'acte. Cela n'est guère étonnant car depuis la loi du 12 décembre 2005<sup>587</sup> le soin peut s'avérer radical et le médecin traitant peut prescrire un traitement inhibiteur de libido<sup>588</sup>.

Néanmoins, si l'article 131-36-4 du Code pénal rappelle la nécessité du consentement, le texte ajoute aussitôt que « s'il refuse les soins qui lui seront proposés, l'emprisonnement prononcé en application du troisième alinéa de l'article 131-36-1 pourra être mis à exécution ». Fixé par le président de la juridiction, la condamnation pourra atteindre trois ans en cas de condamnation pour délit et sept ans en cas de condamnation pour crime. Ainsi, le terme d'injonction trouve tout son sens. La personne mise en cause a tout à fait la possibilité de refuser le soin, à condition d'en assumer les conséquences pénales. À très juste titre, P. MISTRETTA rappelle que « poser l'exigence du consentement comme fondement de l'injonction de soins pour aussitôt ensuite menacer le condamné d'une peine d'emprisonnement s'il fait valoir son droit en manifestant un refus de soins est un système très hypocrite qui aboutit à un assentiment sous pression très éloigné de toute idée de liberté »<sup>589</sup>, d'autant plus que l'injonction ne s'arrête pas aux portes de la juridiction.

**168. Une information récurrente**<sup>590</sup>. Tout d'abord, l'injonction se poursuit par l'information récurrente, voire martelée, de la personne détenue tout au long de sa peine. Lors du prononcé de sa condamnation à un suivi socio-judiciaire avec injonction de soins, le président du tribunal informe la personne condamnée de sa « possibilité » de commencer le traitement durant l'exécution de sa peine<sup>591</sup>. Par la suite, durant l'exécution de la peine, c'est au juge d'application des peines que revient la tâche de proposer un tel traitement à la personne condamnée pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru<sup>592</sup>. Toutefois, l'information ne s'arrête pas là. En effet, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire avec injonction de soins qui refuserait de suivre ce traitement durant son incarcération, verra cette information renouvelée tous les ans par le juge d'application des peines<sup>593</sup>.

---

<sup>587</sup> Loi n° 98-468 du 12 décembre 2005 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, *JO* 13 décembre 2005.

<sup>588</sup> Article 706-47-1 du Code de procédure pénale.

<sup>589</sup> P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », art. préc., spéc. p. 28.

<sup>590</sup> Voir notamment P. DARBEDA, « L'injonction de soin et le suivi socio-judiciaire », art. préc., spéc. p. 627 s.

<sup>591</sup> Article 131-36-4 al. 2 du Code pénal.

<sup>592</sup> Article 717-1 du Code de procédure pénale.

<sup>593</sup> Article 763-7 du Code de procédure pénale.

**169. L'expert, un personnage central.** Le suivi socio-judiciaire, à l'instar des mesures de sûreté, nécessite une expertise préalable permettant d'établir que l'individu est susceptible de faire l'objet de soins<sup>594</sup>. L'expertise est donc une condition légale d'octroi de la mesure, son importance est capitale. L'analyse de l'expert permet de légitimer l'hybridation entre le soin et l'incarcération. De même, le juge d'application des peines peut ordonner l'expertise médicale d'une personne incarcérée condamnée à un suivi socio-judiciaire comprenant une injonction de soins avant sa libération<sup>595</sup>. Plus qu'une possibilité, cette expertise devient obligatoire si la condamnation a été prononcée plus de deux ans auparavant. Concernant la surveillance judiciaire, l'article 723-30 du Code de procédure pénale met parfaitement en exergue l'importance de l'expert car l'injonction de soins est désormais automatique en cas d'expertise concluant à la possibilité d'un traitement. Il ne revient plus au juge d'application des peines de prononcer l'injonction. Il dispose seulement de la faculté d'écarter l'injonction de soin. L'expert est devenu un personnage incontournable de la procédure pénale qu'il accompagne de part en part.

Manifestation de la perméabilité entre le droit et le domaine médical, les experts ne sont plus une aide à la décision, mais une nécessité. Permettant de justifier des mesures parfois coercitives, l'expert cristallise autour de lui toutes les garanties nécessaires à la légitimité de cette obligation<sup>596</sup>. Le traitement de la délinquance portant atteinte aux mœurs génère un régime novateur qui n'hésite pas à multiplier les armes nécessaires à la lutte contre les sexualités déviantes.

**170. Une incitation contrainte.** Cette injonction n'est évidemment pas exempte de toute coercition puisque le refus de soin est de nature à engendrer des effets sur la durée de la peine ou l'octroi d'une libération anticipée. Selon l'alinéa premier de l'article 721-1 du Code de procédure pénale, les crédits de réduction de peine peuvent être retirés aux personnes condamnées pour des crimes ou délits, commis sur mineur, de meurtre ou assassinat, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'agression ou d'atteinte sexuelle, si elles refusent de suivre, pendant leur incarcération, le traitement proposé par le juge de l'application des peines. Immédiatement, la forme de l'incitation laisse perplexe. De même, et de façon plus générale, les personnes condamnées à une infraction pour laquelle un suivi socio-judiciaire est encouru

---

<sup>594</sup> Article 706-47, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>595</sup> Article 763-4 du Code de procédure pénale.

<sup>596</sup> Sur les risques de la valorisation de l'expert, voir *infra* n° 463 ; sur les limites pouvant être apportées, voir *infra* n° 473.



ou celles dont le discernement a été aboli ou altéré au moment des faits, ne peuvent bénéficier d'une réduction de peine supplémentaire s'il s'avère qu'elles ne suivent pas le traitement qui leur est proposé, sauf décision contraire du juge d'application des peines<sup>597</sup>. Enfin, le juge d'application des peines ne peut accorder une libération conditionnelle à une personne qui n'a pas suivi son traitement en détention, ou de façon irrégulière, ou encore, celle qui ne s'engage pas à le suivre à sa sortie<sup>598</sup>. À l'inverse, le suivi régulier du traitement peut conduire le juge à octroyer des réductions de peines supplémentaires, assimilant le traitement à un effort sérieux de réadaptation sociale<sup>599</sup>.

Au regard des conséquences d'un refus de soin, peut-on réellement parler de choix<sup>600</sup> ? L'exercice du libre arbitre est de toute évidence contraint. Quand bien même ce traitement ne pourrait être imposé physiquement, sous peine de voir la France condamnée pour traitements inhumains et dégradants au sens de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, la réalité laisse supposer une place particulièrement limitée et formelle du consentement. La prise en charge des délinquants sexuels, nouveaux monstres de notre société<sup>601</sup>, incite le législateur à dépasser les limites du droit commun par l'application d'un régime exceptionnel, selon lequel la grande délinquance serait devenue une maladie<sup>602</sup>. Il semble que la difficulté à admettre ces déviances sexuelles ne trouve de repos que dans l'acceptation d'une folie. De façon particulièrement éclairante, la garde des Sceaux de l'époque, E. GUIGOU, a rappelé devant le Sénat que les médecins psychiatres spécialisés dans le traitement d'auteurs de violences sexuelles (ce qui n'est pas sans généraliser largement les avis) estimaient que ces individus nécessitaient une « forme d'incitation judiciaire suffisamment ferme pour accepter des soins », si bien qu'il était du « devoir du Gouvernement de prendre en cette matière toutes ses responsabilités, en mettant en place l'arsenal législatif le mieux à même de permettre l'application, dans un cadre de contrainte judiciaire, de thérapies médicales »<sup>603</sup>. Il est étonnant

---

<sup>597</sup> Article 721-1 du Code de procédure pénale.

<sup>598</sup> Article 729 du Code de procédure pénale.

<sup>599</sup> Article 721-1 du Code de procédure pénale.

<sup>600</sup> J.-P. VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, *op. cit.*, p. 300 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1036 s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 399 s. ; P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », art. préc., spéc. p. 23 ; également X. PIN, « La participation consensuelle », in M. DANTI-JUAN (dir.), *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Cujas, 2006, p. 27 s. ; D. VIRIOT-BARRIAL, « Consentement et injonction de soins », *RPDP* 2010, p. 293 s. : elle évoque à propos de cette forme de consentement l'idée de « coquille vide » et « d'obligation de soins qui ne veut pas dire son nom ».

<sup>601</sup> A. DARSONVILLE et J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale & le sexe*, *op. cit.* ; J. LEONHARD, « Représentation du Droit sur la sexualité du mineur : droit et non droit », art. préc., spéc. p. 9 ; D. ZAGURY, « "Les nouveaux monstres", plaidoyer pour un traitement raisonné des agresseurs sexuels », art. préc. Voir *infra* n° 320 s.

<sup>602</sup> Référence à l'article de PH. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », art. préc.

<sup>603</sup> E. GUIGOU, Compte rendu de la séance du 28 octobre 1997, Sénat, p. 5.

de mentionner l'existence d'une incitation au soin<sup>604</sup>, soumis au consentement de l'intéressé, alors que la formule adéquate serait davantage celle d'une obligation spécifique de soin. Ainsi, selon J. CASTAGNEDE, « l'injonction de soins se présente comme une obligation qui ne veut pas dire son nom, une sommation dont le caractère impératif est indéniable, même si est recherchée une "conjonction du dialogue et de l'injonction" »<sup>605</sup>.

**171. Des établissements de soin.** Par ailleurs, selon l'article 763-1 du Code de procédure pénale, lorsque le soin est possible, l'incarcération doit se faire « dans un établissement pénitentiaire prévu par le troisième alinéa de l'article 717-1 et permettant de lui assurer un suivi médical et psychologique adapté ». Certains établissements sont spécialisés dans la prise en charge des auteurs d'infractions à caractère sexuel<sup>606</sup>. Ces derniers existent depuis 1995 et le décret du 4 août 1995 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale<sup>607</sup>. Cependant, au-delà de l'ambition des textes, la pauvreté budgétaire de ces services est souvent décriée. L'offre de soins médico-psychologiques est rarement complète et celle-ci s'avère particulièrement irrégulière sur l'ensemble du territoire national. De même, la majorité des praticiens ne sont pas spécialement formés à la prise en charge de ces délinquants<sup>608</sup>. Les établissements pour soin sont donc cloisonnés à l'idée que l'on avait d'eux, et non à leur réalisation concrète.

Ainsi, l'extorsion de l'acte médical que prévoit l'injonction de soin interroge quant à la place du consentement, mais également quant au régime applicable aux auteurs d'infractions sexuelles qui ne saurait s'accommoder des règles préétablies. D'autre part, le temps du soin ne se limite donc pas à l'injonction, puisque le droit pénal a également créé une obligation de soin, franchissant une fois de plus la limite qu'il avait lui-même établie.

---

<sup>604</sup> E. BLANC, Rapport de l'Assemblée nationale n° 4421 du 29 février 2012, sur le suivi des auteurs d'infractions à caractère sexuel.

<sup>605</sup> J. CASTAGNEDE, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuels, ou la dialectique sanction-traitement », art. préc., spéc. p. 25. Sur l'intérêt de conserver cette forme de contrainte, voir *infra* n° 525 s.

<sup>606</sup> Il est permis de citer comme exemple Melun en région parisienne, Roanne, Riom ou St-Quentin-Fallavier pour la région lyonnaise, ou Casabianda pour la Corse. Sur l'intérêt des établissements spécialisés, voir *infra* n° 517 s.

<sup>607</sup> Décret n° 95-886 du 4 août 1995 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 6 août 1995.

<sup>608</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit. ; Voir également C. STIEVET, « "When something else works", Perspectives d'amélioration du traitement médical des délinquants sexuels en France à la lumière de l'expérience québécoise », *AJ Pénal* 2012, p. 626 s. ; voir *infra* n° 513 s.

## 2. L'obligation des soins

**172. L'existence d'une obligation répressive.** L'apogée de l'exceptionnalité liée aux auteurs d'infractions contre les mœurs pourrait se résumer ainsi : « avec ce type d'agresseurs, il ne s'agit pas d'attendre une demande de soins psychiques, il faut impérativement la susciter »<sup>609</sup>. Ainsi, l'obligation de soin est devenue l'un des instruments privilégiés du législateur, comme en atteste sa présence parmi les obligations prévues à l'article 132-45 du Code pénal relatif au régime de la probation<sup>610</sup>, mais dont l'étendue est bien plus grande puisqu'il s'agit aujourd'hui d'un article de référence auquel renvoient de très nombreux articles du Code de procédure pénale<sup>611</sup>. De fait, l'obligation de soin est devenue l'une des possibilités que les magistrats pourront choisir afin de personnaliser la peine ou son exécution<sup>612</sup>. Selon l'alinéa 3 de l'article 132-45 du Code pénal, il est permis *d'imposer* au condamné au titre d'obligations spéciales le fait de « se soumettre à des mesures d'examen médical, de traitement ou de soins, même sous le régime de l'hospitalisation ». Malade sans être fou, l'individu peut être responsable mais contraint de se soigner. Dans tous les cas où l'article 132-45 du Code pénal a vocation à s'appliquer, l'assentiment de l'individu n'est pas requis. En l'espèce, le consentement se révèle être, une nouvelle fois, une formalité, évinçant l'application de l'article 16-3 du Code civil selon lequel « il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne ou à titre exceptionnel dans l'intérêt thérapeutique d'autrui. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir ».

**173. La rétention de sûreté, le paroxysme de l'obligation préventive**<sup>613</sup>. L'obligation aux soins se manifeste également à travers la rétention de sûreté<sup>614</sup>, « au sommet de la

---

<sup>609</sup> A. CIAVALDINI, *Psychopathologies des agresseurs sexuels*, op. cit.

<sup>610</sup> PH. SALVAGE, « Le sursis d'épreuve avec injonction de soins », *Droit pénal*, janvier 2009, étude n° 2.

<sup>611</sup> L'article 132-26 du Code pénal relatif à la semi-liberté et le placement à l'extérieur ; l'article 720-1-1 du Code de procédure pénale relatif aux conditions possibles en présence d'une suspension de peine ; l'article 723-30 du Code de procédure pénale concernant la surveillance judiciaire ; l'article 731 du Code de procédure pénale concernant la libération conditionnelle...

<sup>612</sup> M. BENILLOUCHE, « L'obligation de soins et le juge pénal », *Revue générale de droit pénal*, 2011, p. 29 s.

<sup>613</sup> Article 706-35-13 s. La rétention de sûreté n'est pas l'unique expression d'une obligation de soin préventive. En effet, ce phénomène s'observe également concernant d'autres mesures de sûreté telle que la surveillance de sûreté. Sur l'intérêt des mesures de sûreté et la nécessité de les repenser, voir *infra* n° 476 s.

<sup>614</sup> Voir le dossier *AJ Pénal*, avril 2008, spéc. PH. BONFILS, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 392 s. ; M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ Pénal* 2008, p. 161 s. ; P. MISTRETTA, « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *JCP G* 2008, 145 ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008

prévention »<sup>615</sup>. Créée en 2008<sup>616</sup>, cette mesure a fait couler beaucoup d'encre. Elle consiste dans « le placement de la personne intéressée en centre socio-médico-judiciaire de sûreté dans lequel lui est proposée, de façon permanente, une prise en charge médicale, sociale et psychologique destinée à permettre la fin de cette mesure »<sup>617</sup>. *A priori*, la place du consentement aurait pu être considérable, mais il n'en est rien. Le consentement « apparaît fictif et chimérique »<sup>618</sup>, il n'est pas recherché et plus encore, le refus de soin pourra attester de la dangerosité de l'individu et justifier son placement en rétention de sûreté. De façon tout à fait paradoxale, l'assentiment de l'individu est inefficace et son absence, loin de faire échec à la mesure, permettra de justifier son renouvellement.

Précisons qu'il s'agit d'une mesure faisant suite à l'exécution de la peine. L'idée est donc de placer un individu considéré comme étant particulièrement dangereux dans un centre spécialisé, à l'issue de sa peine, pour une durée indéterminée. Alors que le Conseil constitutionnel affirme clairement que la « rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition »<sup>619</sup>, il est indéniable que cette mesure s'avère éminemment coercitive, si bien que, contrairement aux mesures de sûreté, le principe d'application immédiate de droit commun en matière de mesures de sûreté ne lui est pas appliqué<sup>620</sup>. Par ailleurs, si la rétention de sûreté n'est pas uniquement destinée aux auteurs d'infractions contre les mœurs<sup>621</sup>, il est évident que

---

sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000 s. ; D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.* 2008, p. 1841 s. Sur le régime relatif à la rétention de sûreté voir E. BONIS-GARÇON et V. PELLETIER, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p. 813 s.

<sup>615</sup> Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 725.

<sup>616</sup> Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JO* du 26 février 2008.

<sup>617</sup> Article 706-53-13 alinéa 4 du Code de procédure pénale.

<sup>618</sup> P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », art. préc., spéc. p. 36.

<sup>619</sup> Cons. const. 21 février 2008, DC n° 2008-562, *JO* du 26 février 2008, considérant n° 9. À cet égard, le Conseil affirme que la rétention n'est pas une peine car elle n'est pas ordonnée par la juridiction de jugement, qu'elle n'a aucun caractère punitif ou disciplinaire, puisqu'au contraire, celle-ci est prononcée à titre préventif. Sur la proximité des mesures de sûreté avec les peines, voir *infra* n° 481 s.

<sup>620</sup> Sans doute afin de prévenir une potentielle condamnation de la part de la CEDH, au même titre que l'Allemagne (CEDH, 17 décembre 2009, n° 19359/04, *M. c/ Allemagne*). Néanmoins, malgré les apparences la rétention de sûreté peut indirectement faire l'objet d'une application rétroactive puisqu'elle peut faire suite à une surveillance de sûreté qui, elle, est d'application immédiate (Article 706-53-19 al. 3 du Code de procédure pénale). Sur la refonte des mesures de sûreté, voir *infra* n° 485 s.

<sup>621</sup> Selon l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale, sont concernées les personnes qui ont été « condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration.

Il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, prévus par les articles 221-2, 221-3, 221-4, 222-2, 222-3, 222-4, 222-5, 222-6, 222-24, 222-25, 222-26, 224-2, 224-3 et 224-5-2 du code pénal ou, lorsqu'ils sont commis en récidive, de meurtre, de torture ou d'actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration ».

ces derniers sont directement visés par les dispositions concernées. À l'instar du suivi socio-judiciaire et de l'ensemble des mesures de sûreté *post* carcérales, l'auteur d'infraction sexuelle apparaît comme étant le cobaye de méthodes vouées à s'étendre<sup>622</sup>. « Peut-on, au nom de la sécurité, au nom d'un utopique risque zéro, priver une personne de sa liberté pour une période indéterminée et à partir de critères aussi incertains que ceux prévus dans le Code de procédure pénale français ? »<sup>623</sup>. Il semble que oui.

**174. De la fiction à la réalité.** Si la rétention de sûreté instaure des moyens de pression supplémentaires, la loi ne modifie pas pour autant la triste réalité. Selon M. HERZOG-EVANS, cette loi « ne rendra pas accessibles aux soins certains profils résistants ; elle ne fournira pas les outils thérapeutiques qui n'existent pas pour certains d'entre eux ; elle ne créera pas par elle-même les armées de psychiatres qui n'existent déjà pas en France pour soigner les malades non délinquants ; elle ne les formera pas aux particularités du traitement des criminels ; elle ne rendra pas plus efficace le soin extorqué »<sup>624</sup>. Toutefois, cette mesure franchit un cap important en la matière. Elle manifeste le souhait, au-delà du soin, d'enfermer et de surveiller à vie les individus sortant de prison. Car si la rétention de sûreté est « valable pour une durée d'un an »<sup>625</sup>, elle peut éventuellement être renouvelée *ad vitam aeternam*<sup>626</sup>, notamment lorsque l'individu n'aura pas consenti aux soins qu'on estime nécessaires<sup>627</sup>.

**175. Conclusion de la Section 1.** Le délinquant sexuel cristallise de nombreuses angoisses contemporaines et le législateur met tout en œuvre pour enterrer les mœurs déviantes. Étirer le temps, étirer l'espace, multiplier la répression et le soin, rien n'est laissé au hasard. Par tous les pores, l'exceptionnalité du régime relatif aux infractions sexuelles transparait. Niant parfois la réalité, celle des moyens, des connaissances, mais également celles des effets, la procédure pénale est poussée dans ses retranchements, en quête d'une solution. Si celle-ci n'a pas encore été trouvée, le législateur n'hésite pas à tout tenter. Les infractions sexuelles dépassent le droit pour toucher aux mœurs de notre époque et deviennent le symbole d'une préoccupation actuelle,

---

<sup>622</sup> Voir *infra* n° 582 s.

<sup>623</sup> R. PARIZOT, « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant le Cour européenne des droits de l'homme », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 97 s. spéc. p. 116.

<sup>624</sup> M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », art. préc., spéc. p. 162.

<sup>625</sup> Article 706-53-16, al. 1<sup>er</sup> du Code de procédure pénale.

<sup>626</sup> Article 706-53-16, al. 2 du Code de procédure pénale.

<sup>627</sup> Sur l'intégration repensée des mesures de sûreté, voir *infra* n° 476 s.

véritable cheval de bataille du législateur. Du temps à l'espace, l'exception est partout. Le domaine sexuel demeure ainsi le lieu privilégié de ces essais procéduraux. Pourtant, si l'auteur d'infraction sexuelle cristallise toutes les angoisses, il n'est pas le seul à récidiver. « Les entreprises sont aussi en récidive au regard de la multiplication d'accidents mortels du travail. Cela peut faire dire que ce n'est pas tant la récidive qu'une cristallisation sur la folie et le personnage du fou qui opère »<sup>628</sup>.

Par ailleurs, au-delà du régime propre à l'ensemble des infractions sexuelles, certaines incriminations interrogent du fait même de leur existence. Il s'agit des infractions sexuelles sans victime. Alors que l'influence des mœurs se faisait évidente concernant le régime, elle apparaît ici insidieuse voir dissimulée.

## Section 2 – L'insidieuse influence des mœurs sur les incriminations

**176. Une empreinte dissimulée.** Le régime propre aux infractions sexuelles est manifestement sous l'emprise des mœurs qui tendent à le rendre en tout point dérogatoire. Toutefois, loin de s'y limiter, la morale continue d'exercer de façon insidieuse une emprise sur la définition des comportements punissables. Certes, l'influence des mœurs est partout. Chaque infraction, qu'elle soit ou non d'ordre sexuel, est le fruit d'un contexte, d'un temps et d'un espace. Toutefois, dans la majorité des cas, ces comportements ne se contentent pas d'atteindre l'ordre moral, ils troublent également l'ordre public. En effet, l'atteinte à l'ordre public est au fondement même du droit pénal.

Ainsi, *a priori*, les infractions sexuelles protègent les mœurs sexuelles par ricochet, en défendant l'ordre public. Pourtant, il semble que certaines d'entre elles ignorent l'ordre public pour ne punir qu'un trouble à la morale. Ces incriminations s'attardent sur la protection de la moralité en ignorant l'absence de victime, pourtant clef de voûte des infractions sexuelles.

Néanmoins, contrairement à l'ancien Code pénal qui faisait des mœurs une valeur sociale protégée à part entière<sup>629</sup>, le législateur s'applique aujourd'hui à dissimuler l'emprise de la

---

<sup>628</sup> J. DANET et C. SAAS, « Le fou et sa "dangerosité", un risque spécifique pour la justice pénale », *RSC* 2007, p. 779 s., spéc. p. 791.

<sup>629</sup> Voir *supra* n° 66 s.

morale sur le droit en usant de différents masques pour travestir la *ratio legis* des infractions fondées sur les mœurs.

Si certaines infractions sexuelles ignorent l'absence de victime et sont édifiées sur une atteinte réelle ou supposée des mœurs sexuelles (§ 1), le législateur n'est pas en mesure de dévoiler ce fondement moral. De fait, celui-ci va alors tenter de justifier ces différentes incriminations en leur attribuant des fondements factices, de nature à légitimer leur pénalisation (§ 2).

## **§ 1 – La révélation des infractions fondées sur les mœurs**

**177. La clef de la révélation.** Actuellement, les infractions fondées sur les mœurs ne sont plus regroupées au sein d'un même ensemble, d'une même section, qui afficherait la morale en tant que valeur sociale protégée. Aussi, il apparaît délicat de distinguer avec précision quelles sont les infractions érigées exclusivement sur les mœurs. À ce titre, l'absence de victime s'avère être un bon indicateur. Contrairement aux infractions sexuelles ordinaires, les infractions fondées sur les mœurs ne portent atteinte à aucun individu. Aucune victime n'existe, si ce n'est la morale bafouée. L'ordre public disparaît derrière l'ordre moral. Sous l'effet des mœurs, l'acte charnel, intime et personnel, finit par engager la société tout entière.

L'absence de victime peut revêtir deux formes. Il peut s'agir d'une absence matérielle, et dans ce cas il n'existera, physiquement, aucune victime (A) ; mais il peut également s'agir d'une absence de ressenti. Aucun des protagonistes ne se considèrera victime de la relation sexuelle. Alors, le droit pénal tentera d'imposer le statut de victime à un individu, méconnaissant sa perception individuelle (B).

### **A. L'absence matérielle de victime**

**178. L'absence de victime, révélateur de la morale.** Afin de mettre en exergue les infractions fondées sur les mœurs, il s'agira tout d'abord de se pencher sur les infractions sexuelles pour lesquelles il n'existe matériellement aucune victime. Cette absence est intéressante car elle offre une première appréhension des infractions fondées sur les mœurs. Objectivement aucune victime n'est présente, les incriminations étudiées ne portent atteinte à aucun individu précis. Le droit s'appuie et se justifie par la préservation de la moralité privée (1)

et de la moralité publique (2) en incriminant des comportements sans autre victimes que celles-ci.

1. *Le constat d'une immoralité privée*

**179. L'immoralité pour fondement.** Si l'absence de victime ne fait pas obstacle à la pénalisation de certains comportements sexuels, c'est que le législateur s'appuie sur un autre élément pour justifier son intervention, l'immoralité privée. Pourtant, par le biais de ces incriminations, le droit pénal ne punit pas une atteinte effective à l'ordre public mais intervient en amont, dès la naissance d'une pensée qu'il considère immorale. Bien qu'il soit permis d'admettre que sa volonté soit celle de prévenir une atteinte potentielle, il n'en demeure pas moins que son ancrage prend racine dans le constat de mœurs déviantes. En effet, il appert que ces incriminations ne visent pas à protéger les individus mais à sanctionner des pensées qui ne seraient pas conformes à ce que la moralité exige. Contrairement à la préservation de la moralité publique, le droit pénal s'attarde sur un individu en particulier pour en punir les déviances. Grâce à l'étude de ces infractions sexuelles, il sera permis de constater que le droit pénal tend à imposer une moralité privée conforme aux bonnes mœurs.

**180. La représentation du mineur dans des œuvres pédopornographiques.** Niant l'absence matérielle de victime, la pénalisation de la *représentation* du mineur dans des œuvres pédopornographiques est un exemple illustrant parfaitement ces infractions fondées sur les mœurs.

Depuis la loi du 5 mars 2007 modifiant l'article 227-23 du Code pénal, le terme « représentation » a été ajouté à l'infraction de pédopornographie afin d'englober les images « virtuelles » de mineurs. De fait, l'incrimination ne nécessite pas des images réelles d'un mineur, mais se contente d'un dessin, d'une sculpture ou d'une image de synthèse. La loi pénale ne sanctionne plus seulement des actes illégaux, mais celle-ci s'attache désormais à réprimer des idées, des désirs immoraux. La consultation habituelle ou en contrepartie d'un paiement de sites pédopornographiques est donc répréhensible, quand bien même le mineur ne serait pas réel.



S'il est légitime de considérer qu'au-delà des pensées immorales, cette infraction se fonde sur le risque potentiel d'un passage à l'acte et sur la volonté de déceler une certaine dangerosité<sup>630</sup> chez l'individu, l'exemple des États-Unis semble éclairant. Ce pays incriminait de la même façon la représentation du mineur, jusqu'à ce que la Cour suprême rejette un à un les arguments en faveur de l'interdiction de la pédopornographie, au motif que « l'État ne peut pas interdire une expression parce qu'elle augmente la probabilité qu'un acte illégal soit commis dans un futur indéfini. Une telle suppression n'est autorisée que si l'incitation vise à produire, et est susceptible de produire un acte illégal imminent ». Or, « l'État n'a montré qu'un vague lien entre une expression qui encouragerait certaines pensées ou impulsions, et l'abus sexuel d'un enfant qui en résulterait [...]. L'État ne peut pas interdire l'expression pour la raison qu'elle pourrait encourager les pédophiles à commettre des actes illégaux »<sup>631</sup>. L'absence de certitude a donc incité les États-Unis à faire marche arrière. Cette volonté fut de courte durée puisqu'en 2003, l'infraction de pédopornographie lorsque le mineur est représenté a été réintroduite sous des termes plus précis. La nature sexuelle de la relation doit désormais être couplée au caractère obscène ou sans plus value artistique, politique, littéraire ou scientifique<sup>632</sup>. L'absence de lien tangible entre le fait de visionner ces images et la réalisation de l'acte lui-même a ainsi été soulevée mais n'a pas résisté longtemps à la crainte.

Rien ne permet d'affirmer sans conteste une corrélation entre les deux phénomènes. Seule la supposition est envisageable. Contrairement à la Belgique<sup>633</sup> qui adopte le même raisonnement que la France, les juges italiens exigent, eux aussi, un mineur en chair et en os<sup>634</sup>. Quoiqu'il en soit, l'incrimination française interroge : si le lien entre l'infraction et la victime potentielle ne peut être établi avec certitude, alors, que protège la société sinon les mœurs ? Puisque rien ne permet d'affirmer une corrélation entre le fait de regarder des images virtuelles et un passage à l'acte, cette précaution peut-elle réellement justifier une telle répréhension ? Cette infraction remonte au-delà de la racine de l'acte craint, non pour punir la volonté coupable, mais pour

---

<sup>630</sup> Sur la notion de dangerosité, voir *infra* n° 246 s.

<sup>631</sup> Supreme Court of the United States 16 avril 2002, n° 00-795, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, p. 253. Voir notamment T. HOCHMANN, « Tentation de définition du "contournement de la loi" à partir du cas de la pédopornographie virtuelle », in G. DALMAS, S.-M. MAFFESOLI et S. ROBBE (dir.), *Le traitement juridique du sexe*, L'Harmattan, 2010, p. 101 s., spéc. p. 110.

<sup>632</sup> 18 U.S. Code § 1466A - Obscene visual representations of the sexual abuse of children.

<sup>633</sup> L'article 383 bis du Code pénal belge n'opère pas de distinction selon que le mineur est réel ou fictif.

<sup>634</sup> Articles 600 ter, 600 quater et 600 sexies du Code pénal italien, Tribunale Penale de Milan 11 novembre 2010, disponible sur <http://www.penalecontemporaneo.it/d/445-trib--milano-sent-111110-ud-pres-ed-est-tanga-pedopornografia-virtuale> (dernière consultation le 31 août 2021). Selon cette décision « d'après une lecture constitutionnelle de la norme, il est clair qu'elle ne concerne pas la simple protection de la moralité, mais le développement physique, psychologique, moral et social de vrais mineurs, dont l'image a été fictivement associée à des contextes sexuels ».

réprimer la pensée immorale. En effet, ces dispositions sanctionnent le fait d'associer un mineur à une image pornographique. L'intégrité sexuelle de la personne mineure ne peut constituer le seul intérêt protégé car, en l'espèce, le mineur n'existe pas<sup>635</sup>. Le droit s'investit ici d'un devoir moral. Pour reprendre les termes de V. MALABAT : « l'infraction posée par l'article 227-23 du Code pénal ne protège pas l'image d'un mineur en particulier mais l'image des mineurs que les bonnes mœurs (même si le texte n'emploie plus cette notion) interdisent d'associer à des images pornographiques »<sup>636</sup>.

Toutefois, l'auteur souligne un élément intéressant. Le dernier alinéa de l'article 227-23 du Code pénal prévoit que « les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ». Cette exception est étonnante car la présomption est simple et, à ce titre, susceptible de preuve contraire. Autrement dit, si le prévenu rapporte la preuve que la personne représentée avait dix-huit ans le jour de la fixation de l'image, le délit n'est pas constitué, quand bien même cette personne présenterait l'apparence physique d'un jeune adolescent ou d'un enfant.

V. MALABAT affirme qu'il est « dommage que le législateur n'ait pas choisi de sanctionner toute représentation pornographique d'une personne ayant l'apparence physique d'un mineur, puisque c'est cette apparence même qui est prise en compte dans l'image ou la représentation (et qui va heurter les bonnes mœurs) et non l'âge réel de la personne représentée »<sup>637</sup>. Toutefois, cette exception concerne particulièrement le mineur réel et non le mineur représenté. En effet, lorsque le mineur est réel, cette infraction trouve une toute autre justification qui n'est pas celle de la morale puisqu'il existe bel et bien une victime directe et matérielle : l'enfant impliqué dans ces relations sexuelles. Dans ce cas, le droit pénal ne se fonde plus sur les mœurs, mais sur la protection du mineur et de son intégrité. La volonté n'est plus seulement de redresser la moralité privée de l'auteur, mais avant tout de protéger l'intégrité de l'enfant. Aussi, cette présomption sera particulièrement difficile à renverser lorsqu'il s'agira d'un mineur représenté. La preuve de l'identité d'un personnage de manga est évidemment délicate à établir. Le 12 septembre 2007, la Cour de cassation n'a d'ailleurs pas hésité à punir les peintures de K. L. représentant un enfant qui, à la recherche de sa mère, s'avère avoir des relations sexuelles avec trois femmes adultes<sup>638</sup>.

---

<sup>635</sup> C. COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Droit pénal*, janvier 2021, étude n° 5.

<sup>636</sup> V. MALABAT, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, avril 2021, n° 147.

<sup>637</sup> V. MALABAT, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, avril 2021, n° 148.

<sup>638</sup> Cass. crim. 12 septembre 2007, n° 06-86.763 ; *D.* 2008. 827, note LEFRANC.

Signe d'une réelle volonté de protéger la moralité privée, la Cour de cassation a rejeté l'explication selon laquelle le personnage imaginaire était en réalité majeur, comme en témoigne le volume 2 du dessin animé. La Cour de cassation a affirmé que « l'explication fournie à l'audience par Cédric X... sur l'histoire du personnage imaginaire représenté sur la cassette "Twin Angels vol. 3" ne constitue pas davantage une preuve de ce que ledit personnage serait d'âge majeur, puisque, quelle que soit l'explication fournie au volume 2 sur le rôle de ce personnage et son apparence, la représentation qui en est faite est bien celle d'un jeune enfant et tombe, de ce fait, sous le coup de la loi pénale ». Ainsi, l'exception posée par le dernier alinéa de l'article ne permet pas à l'auteur des faits de s'exonérer, lorsque le mineur représenté a l'apparence d'un enfant.

En l'espèce, cette infraction est particulièrement révélatrice de l'influence des mœurs puisque s'agissant d'une œuvre de fiction, ce n'est plus le mineur qui est victime, mais la manifestation du fantasme qui est sanctionnée<sup>639</sup>. En l'absence de victime, le fondement de cette infraction se situe au sein de la morale et puise ses forces dans la préservation des mœurs individuelles. Cette infraction souligne de façon particulièrement notable la volonté d'imposer aux individus une moralité privée et des fantasmes moraux<sup>640</sup>.

**181. Les propositions sexuelles à un mineur de quinze ans par un moyen de communication électronique.** Par ailleurs, toujours avec cette même volonté de distinguer hermétiquement le mineur de la sexualité, le législateur tente de prévenir un réel passage à l'acte en punissant en amont une potentielle atteinte sexuelle. L'infraction de propositions sexuelles à un mineur de quinze ans en témoigne. L'article 227-22-1 du Code pénal incrimine « le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique ». Cette infraction est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende. Elle vise à prévenir des comportements bien plus graves, en réprimant de façon autonome la simple proposition<sup>641</sup>. Le droit pénal apparaît comme une arme préventive menaçant sous tous ses angles quiconque tenterait de pervertir la jeunesse. Ainsi, selon A.-G. ROBERT, « cette nouvelle incrimination

---

<sup>639</sup> B. PY, « Le Sexe et le Droit : un couple sulfureux », in N. DEFFAINS et B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 15 s.

<sup>640</sup> Sur les risques inhérents à une telle pénalisation, voir *infra* n° 291 s. ; sur la réécriture de cet article, voir *infra* n° 374.

<sup>641</sup> PH. CONTE, « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *Droit pénal*, mai 2007, étude n° 7.

traduit la préoccupation contemporaine de lutte contre les dangers résultant pour les mineurs de l’usage des moyens modernes de télécommunication, notamment de l’internet »<sup>642</sup>.

Il convient de préciser tout d’abord que cette incrimination nécessite que l’auteur de l’infraction soit majeur, mais également qu’il soit à l’initiative de la demande. Toutefois, afin de protéger le mineur contre toutes éventualités, lorsque le majeur accepte une proposition sexuelle émanant d’un mineur, l’infraction pourra évoluer en atteinte sexuelle dont la tentative est réprimée<sup>643</sup>.

*A priori*, cette infraction n’entre pas dans le cadre des infractions fondées sur les mœurs car il existe une victime. Néanmoins, la subtilité de sa rédaction ne permet pas d’être si affirmatif. En effet, il est curieux de constater que l’auteur des propositions pourra également être poursuivi lorsque l’interlocuteur n’est pas effectivement un mineur de quinze ans. Il suffit que la « victime » soit une « personne se présentant comme telle » pour que l’infraction soit caractérisée. De fait, cette incrimination ne nécessite pas de victime pour être constituée.

À ce titre, il est permis de s’interroger. Si cette infraction continue d’exister, même en absence de mineur, que souhaite protéger le législateur ? S’agit-il de préserver la moralité des mineurs ou espère-t-il réprimer l’immoralité des majeurs ? En punissant les propositions sexuelles n’ayant pas été effectivement adressées à un mineur, le législateur tente de déceler une potentielle dangerosité chez le majeur. S’éloignant de la victime, il se rapproche du majeur afin de constater ses mauvaises mœurs. Cette volonté d’agir toujours plus en amont conduit également à se satisfaire des pensées immorales comme unique fondement des poursuites.

Rappelons toutefois que cette précision a également une visée probatoire en facilitant la constatation des infractions par les officiers et agents de police judiciaire ou par les « cyber-patrouilleurs ». En effet, depuis la loi du 5 mars 2007<sup>644</sup> relative à la prévention de la délinquance, le législateur a décidé de renforcer les prérogatives des services d’enquête, leur permettant de participer sous un pseudonyme à des échanges électroniques afin d’entrer en contact avec les auteurs d’infraction contre les mineurs<sup>645</sup>. Il est évident que cette précision concernant les propositions sexuelles faites à une personne se présentant comme un mineur de quinze ans permet de faciliter le recueil de preuve. Cependant, comme le souligne F. CHOPIN, « il aurait été préférable de n’envisager l’infraction comme possible qu’à l’encontre des mineurs

---

<sup>642</sup> A.-G. ROBERT, *J.-Cl. Pénal Code*, art. 227-22-1, fascicule 20 : Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique, janvier 2021.

<sup>643</sup> Article 227-27-2 du Code pénal.

<sup>644</sup> Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO* du 7 mars 2007.

<sup>645</sup> F. CHOPIN, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Cybercriminalité, juin 2021.

de quinze ans mais de prévoir dans un second alinéa que le délit prévu par l'article 227-22-1 du Code pénal reste constitué même s'il est commis à l'encontre d'un officier ou d'un agent de police judiciaire s'étant faussement présenté comme un mineur de quinze ans dans le but de constater ladite infraction, conformément aux dispositions de l'article 706-47-3 du Code de procédure pénale »<sup>646</sup>. Au regard de l'étendue de l'article, il est possible de considérer que cela n'est pas l'unique motivation du législateur et qu'il existe également une volonté de déceler des comportements contraires aux bonnes mœurs, peu importe l'existence d'une victime réelle. Le législateur intervient en amont et tente de redresser les mœurs déviantes par l'usage de l'arme pénale préventive.

En définitive, si l'esprit de la loi a évolué, marquant une certaine rupture avec la puissance morale, le droit pénal ne semble pas s'être tout à fait libéré des mœurs. L'ancien Code pénal incriminait des comportements considérés comme sexuellement déviant, avec la volonté de définir la moralité privée et la sexualité normale, au point de confondre parfois le vice, le péché et le délit. Pour autant, il ne semble pas que les incriminations actuelles y échappent totalement, puisque certaines mélangent le fantasme et le délit. Le souhait du législateur témoigne d'une double volonté : protéger la jeunesse et punir le majeur qui sexualiserait l'enfant. Concernant des infractions telles que la représentation du mineur dans des œuvres pornographiques, ou dans certains cas, les propositions sexuelles à des mineurs de quinze ans, la victime est tout simplement inexistante. Tout est fait pour que le mineur demeure loin de la sexualité et que les pensées considérées comme immorales n'échappent pas au champ pénal. De même, l'immoralité publique, héritière de l'outrage aux bonnes mœurs, demeure sous l'égide du droit pénal.

## *2. La crainte d'une immoralité publique*

**182. La moralité pour objectif.** Le Code pénal tend également à protéger la moralité publique. Pour cela, il s'appuie sur des infractions à caractère sexuel ne nécessitant pas une victime déterminée, mais une victime fantôme, informe : la morale collective. L'objectif n'est pas de s'attacher aux déviances d'un individu en particulier, mais davantage de s'opposer à une diffusion de l'immoralité dans la sphère publique. À travers le critère de publicité, le droit

---

<sup>646</sup> *Ibidem*. Sur la réécriture de l'article, voir *infra* n° 373.

souhaite limiter la manifestation d’actes obscènes qui pourraient potentiellement être vus et troubler l’ordre et les mœurs publiques.

Initialement, c’est à travers le délit d’outrage aux bonnes mœurs<sup>647</sup>, que l’ancien Code pénal tentait de préserver la moralité publique de ses justiciables<sup>648</sup>. Il tâchait de limiter les expansions sexuelles lorsque celles-ci étaient déclamées dans un lieu public et ainsi, susceptibles d’atteindre les oreilles de tout un chacun. De plus, afin de lutter contre les abus commis en matière de publicité, notamment concernant les affiches de cinéma, l’outrage aux bonnes mœurs était complété par les articles R. 38-9° et R. 38-10° du Code pénal pénalisant « ceux qui auront exposé ou fait exposer sur la voie publique ou dans des lieux publics des affiches ou images contraires à la décence » et « ceux qui auront envoyé, sans demande préalable du destinataire, distribué ou fait distribuer à domicile ou dans des lieux publics tous prospectus, écrits, images, photographies ou objets quelconques contraires à la décence ». Ces deux contraventions furent également créées afin de lutter contre la réticence des parquets à engager des poursuites pour outrage aux bonnes mœurs du fait des sanctions sévères et de l’imprécision de la notion de *bonnes mœurs*<sup>649</sup>. Ainsi, le législateur espérait garantir une meilleure protection de la moralité publique en assurant une répression presque automatique desdits faits, grâce à ces deux contraventions.

La libéralisation des mœurs et l’érotisation de la société ont conduit les débats parlementaires à s’interroger sur l’opportunité de conserver ces deux infractions. Il fut d’abord envisagé de ne conserver que la nature contraventionnelle de la répression, à savoir la pénalisation des messages contraires à la décence<sup>650</sup>. Finalement, la commission mixte paritaire considéra qu’il était nécessaire de conserver également une infraction correctionnelle lorsque ce message est accessible aux mineurs. La dichotomie fut préservée et le nouveau Code pénal punit à la fois les messages contraires à la décence<sup>651</sup> et la diffusion de messages à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger<sup>652</sup>. Si le champ correctionnel se réduit à un certain public, celui des mineurs, les messages contraires à la

---

<sup>647</sup> Articles 283 et 284 de l’ancien Code pénal.

<sup>648</sup> Voir *supra* n° 68.

<sup>649</sup> Voir *supra* n° 77 s.

<sup>650</sup> Article R. 624-2 du Code pénal.

<sup>651</sup> *Ibidem*.

<sup>652</sup> Article 227-24 du Code pénal.

décence ne nécessitent pas de public particulier. Comme tel était le cas dans l'ancien Code pénal, cette infraction protège la moralité publique, *in globo*.

**183. Les messages contraires à la décence.** L'article R. 624-2 du Code pénal dispose que « le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe ». Cet article reprend indéniablement l'article R. 38-9° de l'ancien Code pénal<sup>653</sup>. De plus, l'article R. 624-2 ajoute qu'« est puni de la même peine le fait, sans demande préalable du destinataire, d'envoyer ou de distribuer à domicile de tels messages », ce qui n'est pas sans s'inspirer d'une partie de l'article R. 38-10° de l'ancien Code pénal<sup>654</sup>. Seule la première partie de l'infraction sera étudiée en ce qu'elle témoigne d'une volonté affichée de préserver la moralité publique. En effet, l'article R. 624-2 du Code pénal vise à protéger la décence publique contre tout ce qui pourrait la heurter.

Le terme *décence* revêt un caractère particulièrement obscur<sup>655</sup> et induit une appréciation extérieure et subjective de ce qui pourrait atteindre la moralité publique. Le juge se voit de nouveau contraint de rechercher un spectre de consensus autour du caractère indécent d'un message afin de sanctionner son diffuseur, au nom de la moralité publique. La décence est plus large que la notion de bonnes mœurs puisque les images indécentes n'ont pas besoin d'exciter des idées malsaines<sup>656</sup>. Selon la cour d'appel de Colmar, il suffit que les photographies « portent atteinte à la bienséance et constituent une agression contre les convenances et la moralité publique »<sup>657</sup>.

Bien que nébuleuse, cette notion « désigne les façons convenables de se comporter (d'agir, de se vêtir, de parler etc.) en société, en étant particulièrement connotée sexuellement »<sup>658</sup>. En effet, au regard des arrêts rendus en la matière, la sexualité est de nouveau au centre de la notion de

---

<sup>653</sup> Cet article réprimait : « Ceux qui auront exposé ou fait exposer sur la voie publique ou dans des lieux publics des affiches ou images contraires à la décence. Le jugement de condamnation ordonnera, nonobstant toutes voies de recours, la suppression du ou des objets incriminés, laquelle, si elle n'est pas volontaire, sera réalisée d'office et sans délai aux frais du condamné ».

<sup>654</sup> Cet article réprimait : « Ceux qui auront envoyé, sans demande préalable du destinataire, distribué ou fait distribuer à domicile ou dans des lieux publics tous prospectus, écrits, images, photographies ou objets quelconques contraires à la décence ».

<sup>655</sup> Voir *supra* n° 78 s.

<sup>656</sup> Cass. crim. 8 janvier 1959, *Bull. crim.* n° 33 ; *D.* 1959, jurispr. p. 140, à propos de l'article R 38-9° de l'ancien Code pénal.

<sup>657</sup> CA Colmar, 12 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82, note A. T.

<sup>658</sup> S. DETRAZ, *J-CI communication*, art. 227-24, fascicule 72 : Diffusion de messages nocifs pour les mineurs, mai 2021.

décence<sup>659</sup>. Il s'agit des affiches cinématographiques représentant des femmes entièrement nues adoptant pour certaines, des poses provocantes<sup>660</sup>, de celles mettant en scène une femme dans une posture lascive, près d'un homme en sous-vêtements transparents<sup>661</sup>, ou encore, d'une photographie de deux femmes dénudées, enlacées<sup>662</sup>.

Tout comme les mœurs, la décence fluctue selon la conception admise de la moralité publique dans un temps et un espace donné<sup>663</sup>. Il est donc impossible d'en donner une définition précise, tant cette notion s'avère relative et subjective. La jurisprudence elle-même souligne ce caractère opaque en considérant que « l'indécence d'une affiche doit être appréciée au regard des mœurs actuelles »<sup>664</sup>, et admettant que « la notion de décence n'est pas forcément la même dans toutes les villes de France, et que le seuil de tolérance est variable suivant les latitudes, les milieux et les individus »<sup>665</sup>. La moralité publique est ainsi vouée à évoluer, voire à se contredire, sous l'effet du temps et des lieux. Révélant son lien avec les mœurs, la diffusion de messages contraires à la décence connaît la même variabilité et relativité.

Protégeant la moralité publique, cette contravention nécessite l'existence d'une publicité. De fait, les messages contraires à la décence sont tous ceux qui peuvent être perçus par du public, tout ce « qui est accessible à tous, sans autorisation spéciale de quiconque, que l'accès en soit permanent et inconditionnel ou subordonné à certaines conditions »<sup>666</sup>. Cet élément de publicité est déterminant et atteste particulièrement du souhait de protéger la pudeur publique, sans distinction individuelle. À ce titre, il est intéressant de constater que cette contravention ne lèse jamais un individu en particulier mais les citoyens dans leur globalité, ou leur majorité. Elle n'entraîne donc aucun préjudice direct et certain pour une personne dans son individualité. De façon cohérente, l'action civile d'un particulier est irrecevable<sup>667</sup>. Il n'existe pas de victime directe, tous les citoyens sont potentiellement victimes d'un tel affichage sur la voie publique.

---

<sup>659</sup> Voir *supra* n° 78.

<sup>660</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1965, *Bull. crim.* n° 158 ; *D.* 1965, jurispr. p. 667 ; *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 140 ; *JCP G* 1965, IV, 97 ; *RSC* 1965, p. 877. ; CA Lyon, 22 janvier 1964 ; *JCP G* 1964, II, 13633, note MIMIN.

<sup>661</sup> Trib. pol. Lyon, 9 décembre 1966 ; *Gaz. Pal.* 1967, 1, p. 116.

<sup>662</sup> Cass. crim. 26 juin 1974 ; *D.* 1975, p. 81, note M. PUECH ; *JCP G* 1975, II, 18011, note R. LINDON.

<sup>663</sup> A.-G. ROBERT, *J-Cl pénal Code*, art. R. 624-2, fascicule 20 : Contraventions contre les personnes, juillet 2009.

<sup>664</sup> CA Paris, 20 avril 1990 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 309.

<sup>665</sup> CA Colmar, 12 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82, note A.T.

<sup>666</sup> TGI Paris, 23 octobre 1986 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, jurispr. p. 21.

<sup>667</sup> Cass. crim. 26 juin 1974, *Bull. Crim.* n° 241 ; *D.* 1975, jurispr. P. 81, note PUECH ; *JCP G* 1975, II, 18011, note LINDON ; *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 722. En revanche, « une association familiale a été déclarée recevable à exercer les droits reconnus à la partie civile dans les poursuites du chef de diffusion de messages contraires à la décence en raison du préjudice porté aux intérêts moraux et matériels des familles prévu par l'article 3, paragraphe 4 (devenu C. action soc. et fam., art. L. 211-3, réd. ord. n° 2000-1249, 21 déc. 2000) du Code de la famille et de l'aide sociale (CA Paris, 13 avril 1995, *JurisData* n° 1995-023587) », A.-G. ROBERT, *J-Cl pénal Code*, art. R. 624-2, fascicule 20 : Contraventions contre les personnes, préc. cit.



L'absence matérielle de victime ne fait pas échec à cette infraction qui se satisfait de l'atteinte des mœurs pour trouver une justification.

En tout état de cause, l'appréciation des magistrats est au centre de l'infraction. Ils ont la charge de déterminer si un message est indécent et si la moralité publique est heurtée. Néanmoins, les poursuites sur ce fondement se font aujourd'hui particulièrement rares. Est-ce là le signe d'une libéralisation des mœurs ? Est-ce une réticence de la part des juges à s'ériger en tant que « moralisateurs publics »<sup>668</sup> ? Il semble que cette infraction s'efface devant un autre héritier de l'outrage aux bonnes mœurs, le délit de diffusion de message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger<sup>669</sup>. Cela n'est d'ailleurs guère étonnant au regard de la place qu'occupe la protection du mineur dans le nouveau Code pénal. Pour autant, l'étude de l'article 227-24 du Code pénal permet de se questionner tant il semble qu'un objectif sous-jacent justifie cette incrimination. Cet article est-il uniquement légitimé par la préservation du mineur ou s'appuie-t-il également sur la volonté de préserver la moralité publique ?

**184. Les messages dangereux accessibles aux mineurs.** À première vue, le nouveau Code pénal marque l'apogée de la protection de la minorité. Le champ des infractions se restreint autour de ce public particulier et les incriminations ayant vocation à éviter une « mise en péril des mineurs »<sup>670</sup> se multiplient. Par le biais d'infractions formelles, le législateur intervient *a priori* afin de préserver les mœurs supposées des mineurs. Pour autant, derrière cet objectif affiché apparaît parfois la pénalisation d'infractions sans victime matérielle, permettant d'interroger le fondement même de ces incriminations.

Comme exposé précédemment, l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs fut en partie remplacé par le délit de diffusion de messages à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur, prévu à l'article 227-24 du Code pénal<sup>671</sup>. Toutefois, le public envisagé n'est plus le même. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'article 283 incriminait l'outrage aux bonnes mœurs sans prendre en compte l'âge des personnes qui pouvaient percevoir les propos ou messages

---

<sup>668</sup> A.-G. ROBERT, *J-Cl pénal Code*, art. R. 624-2, fascicule 20 : Contraventions contre les personnes, préc. cit.

<sup>669</sup> Article 227-24 du Code pénal.

<sup>670</sup> Livre II, Titre II, Chapitre VII, Section 5 du Code pénal.

<sup>671</sup> Voir *supra* n° 78.

outrageants. À l'heure actuelle, « le délit ne vise donc désormais que la sauvegarde de la seule moralité des mineurs »<sup>672</sup>. S'il semble que cette infraction protège les mœurs individuelles des plus jeunes, l'influence des mœurs sur cette infraction ne se limite pas aux mineurs et que celle-ci s'effectue à un double niveau.

En effet, en réduisant le public visé par cette infraction, le législateur en a profité pour étendre la nature du message. L'aspect sexuel, visé par la notion de « bonnes mœurs », a certes été repris sous le terme de messages « pornographiques », mais la liste s'est allongée. Progressivement, la forme du message s'est étendue afin de protéger davantage le mineur et sa moralité. Actuellement, les messages réprimés sont ceux dont le contenu peut apparaître violent, incitant au terrorisme, pornographique, de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger. L'usage de la conjonction de coordination « ou » témoigne de l'étendue de l'infraction<sup>673</sup>. Un message pornographique peut être puni, sans pour autant que celui-ci soit violent. Tout est mis en œuvre pour que le mineur soit protégé des réalités choquantes. Le législateur refuse l'interférence entre la sexualité et la minorité, niant pourtant une réalité évidente car il distingue pas de sous-catégories au sein des mineurs selon leur âge. Par ailleurs, l'influence des mœurs s'avère bien plus étendue qu'il n'y paraît.

Si la volonté de protéger la moralité du mineur transparaît derrière cette infraction, son caractère formel n'est pas sans incidence. L'infraction est constituée par le seul fait que le message soit accessible au mineur<sup>674</sup>. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait effectivement eu accès pour que l'infraction soit réprimée. Le législateur souhaite prendre toutes les précautions pour préserver la moralité de l'enfant, allant jusqu'à punir le péril, la potentialité. L'article 227-24 du Code pénal érige à ce titre une infraction sans victime. Se contentant d'une simple possibilité de perception du message, « le texte d'incrimination risque d'empêcher radicalement quiconque – les majeurs également, donc – d'y avoir accès, en forme de censure déguisée »<sup>675</sup>. Ainsi, l'infraction retrouve son public originel, celui des citoyens dans leur généralité. Son objectif initial est conservé : la préservation de la moralité publique est assurée.

---

<sup>672</sup> A.-G. ROBERT, *J-CI pénal Code*, art. R. 624-2, fascicule 20 : Contraventions contre les personnes, préc. cit.

<sup>673</sup> En réalité, les messages violents, pornographiques ou contraires à la dignité sont les plus couramment réprimés. En 2018, 66 condamnations ont pris appui sur ces interdictions, et seulement 1 condamnation concernait des messages incitant au terrorisme (Ministère de la justice – SG-SDSE - tables statistiques du Casier judiciaire national - Traitement DACG-PEPP).

<sup>674</sup> L'article 227-24 du Code pénal dispose que le message doit être « susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

<sup>675</sup> B. NICAUD, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2011, n° 148 ; voir notamment S. DETRAZ, *J-CI communication*, art. 227-24, fascicule 72 : Diffusion de messages nocifs pour les mineurs, préc. cit.

Aussi, V. MALABAT soulève la question suivante : « doit-on considérer que l'infraction sanctionne une atteinte aux bonnes mœurs ou plutôt une atteinte à la sensibilité particulière du public mineur ? »<sup>676</sup>. À ce titre, la référence à la sensibilité des mineurs s'avère impraticable notamment en raison de leur disparité mais également au regard du terme « pornographie » qui ne se conçoit que par rapport à la morale partagée par les adultes dont on peine à définir les contours<sup>677</sup>. Cette infraction sanctionne davantage une atteinte aux bonnes mœurs qu'une atteinte à la sensibilité particulière des mineurs. L'article 227-24 du Code pénal ne préserve pas uniquement la minorité. Il impose également, insidieusement, une protection de la moralité publique.

Enfin, une autre infraction interroge quant à son fondement. Jadis placée dans les atteintes aux bonnes mœurs, il semblerait que cette infraction relève davantage de l'outrage aux bonnes mœurs. En effet, l'exhibition sexuelle tend également à protéger la moralité publique pour la simple raison qu'elle ne nécessite pas de victime effective pour être punissable, l'atteinte potentielle à la moralité s'avère suffisante.

**185. L'exhibition sexuelle.** L'article 222-32 du Code pénal dispose ainsi que « l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». Depuis 2021, « Lorsque les faits sont commis au préjudice d'un mineur de quinze ans, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende »<sup>678</sup>. Cette loi ajoute d'office un nouvel alinéa selon lequel : « Même en l'absence d'exposition d'une partie dénudée du corps, l'exhibition sexuelle est constituée si est imposée à la vue d'autrui, dans un lieu accessible aux regards du public, la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé ». La précision est étonnante et « le résultat n'est pas fameux puisqu'une traduction logique du nouveau texte conduit à considérer que, même lorsqu'il n'y a pas exhibition sexuelle (al. 1<sup>er</sup>), il y a exhibition sexuelle (al. 2)... Plus concrètement, la combinaison des deux alinéas du nouvel article 222-32 aboutit à une situation absurde où le texte dit tout et son contraire, en écartant purement et

---

<sup>676</sup> V. MALABAT, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, préc. cit.

<sup>677</sup> À cet égard, le Parlement européen constate que « toute tentative sérieuse de définition met en lumière le caractère éminemment relatif, subjectif et évolutif de ce qui peut être considéré comme pornographique » (Rapport de la commission des libertés publiques et des affaires intérieures sur la pornographie, 24 septembre 1993, PE 204.592/déf.).

<sup>678</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

simplement, au second alinéa, l'application du premier ! »<sup>679</sup>. Cette infraction entend réprimer le scandale de l'immoralité qui s'affiche. Un acte licite lorsqu'il est réalisé dans l'intimité devient répréhensible lorsqu'il est commis en public. L'élément de publicité présente donc un caractère substantiel. Un arrêt de la Cour de cassation en date du 16 juin 1906<sup>680</sup> offre une justification intéressante à cette infraction. Selon la Haute juridiction, cette incrimination « a pour but, d'une manière spéciale, la réparation du scandale causé par de tels actes et la protection due aux tiers qui en peuvent être témoins... c'est le scandale même qui fait la criminalité de l'acte et non pas essentiellement l'atteinte individuellement portée à la pudeur de la personne qui en a été l'objet ».

À cet égard, dans l'ancien Code pénal, l'infraction ne devait pas nécessairement être perçue pour être caractérisée. M.-L. RASSAT met en exergue le fait que la victime n'était d'ailleurs pas obligatoirement réelle ou directe<sup>681</sup>. La jurisprudence a régulièrement affirmé qu'« en matière d'outrage à la pudeur la publicité existe non seulement au cas où l'acte immoral a été vu par une ou plusieurs personnes, mais aussi lorsqu'il est certain, notamment par la nature du lieu où il a été commis, que cet acte a été offert aux regards du public et qu'il a pu être perçu, même fortuitement »<sup>682</sup>. La publicité pouvait donc résulter de la seule nature des lieux où l'acte s'accomplit<sup>683</sup>, quand bien même l'action n'était vue par personne<sup>684</sup>. Toutefois, la nouvelle rédaction de l'article 222-38 du Code pénal modifie légèrement la physionomie de l'infraction. Dans un premier temps, pour que le délit soit constaté et poursuivi, il est nécessaire qu'il soit vu. L'exigence d'un public est affirmée<sup>685</sup>. La nouvelle rédaction implique inévitablement la présence d'un témoin involontaire. Cependant, il n'est pas nécessaire que sa pudeur personnelle ait été touchée pour que l'infraction soit constituée. Il suffit seulement qu'il ait été présent puisque l'exhibition sexuelle implique la présence d'un témoin sans exiger que celui-ci soit heurté. Alors, cette infraction est bel et bien fondée sur l'atteinte aux mœurs publiques, non sur

---

<sup>679</sup> F. SAFI, « De l'art de légiférer, ou quand la loi précise que même lorsqu'il n'y a pas exhibition sexuelle... il y a exhibition sexuelle ! », *D.* 2021, p. 1254 s., spéc. p. 1255.

<sup>680</sup> Cass. crim. 16 juin 1906, *Bull. crim.* n° 257.

<sup>681</sup> M.-L. RASSAT, *J-CI pénal Code*, arts. 222-22 à 222-33-1, fascicule 20 : Agressions sexuelles, avril 2020.

<sup>682</sup> Cass. crim. 23 décembre 1858, *Bull. crim.* n° 317 ; *S.* 1859, 1, p. 626 ; *Droit pénal* 1859, 1, p. 23 ; Cass. crim. 26 novembre 1861, *Bull. crim.* n° 252 ; *Droit pénal* 1862, 5, p. 29 ; Cass. crim. 16 janvier 1862, *Bull. crim.* n° 19 ; *S.* 1862, 1, p. 762 ; *Droit pénal* 1862, 1, p. 197 ; Cass. crim. 23 janvier 1863, *Bull. crim.* n° 201 ; Cass. Crim 19 août 1869, *Bull. crim.* n° 195 ; *S.* 1870, 1, p. 182 ; *Droit pénal* 1870, 1, p. 96 ; Cass. crim. 14 avril 1892 ; *Droit pénal* 1893, 1, p. 239 ; Cass. crim. 8 février 1900 ; *Droit pénal* 1900, 1, p. 279 ; Cass. crim. 14 novembre 1903 ; *Droit pénal* 1904, 1, p. 592.

<sup>683</sup> Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1863, *Bull. crim.* n° 134 ; *S.* 1863, 1, p. 555 ; *Droit pénal* 1864, 1, p. 147.

<sup>684</sup> Cass. crim. 16 janvier 1862, *Bull. crim.* n° 19 ; *Droit pénal* 1862, 1, p. 197 ; Cass. crim. 4 août 1877, *Bull. crim.* n° 184 ; *Droit pénal* 1878, 1, p. 287 ; Cass. crim. 6 août 1909, *Bull. crim.* n° 427 ; Cass. crim. 20 décembre. 1928, *Bull. crim.* n° 312 ; *Gaz. Pal.* 1929, 2, p. 227.

<sup>685</sup> V. MALABAT, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, préc. cit., n° 109 s.

l'atteinte à une victime. Cette incrimination tente avant tout de protéger la pudeur publique. À ce titre, l'exhibition apparaît comme une infraction formelle. Il s'agit, à l'instar de la répression des messages contraires à la décence ou perceptibles aux mineurs, de ne pas heurter les mœurs collectives.

Par ailleurs, l'appréciation de l'exhibition inclue également une différence fondée sur l'état actuel de la morale puisque le corps de l'homme et celui de la femme ne sont pas appréciés de la même façon. À ce titre, selon la haute juridiction, « le fait pour une femme de dénuder volontairement sa poitrine dans une église qu'elle savait accessible aux regards du public, peu important les mobiles ayant, selon elle, inspiré son action » constitue un délit d'exhibition sexuelle<sup>686</sup>. La poitrine des femmes serait sexuelle par essence. Récemment, la Cour de cassation a d'ailleurs réitéré sa position<sup>687</sup>. L'absence d'intention sexuelle n'est d'aucun effet. La simple exhibition de la poitrine suffit. Contrairement aux arguments de la cour d'appel qui affirmait que « le regard de la société sur le corps des femmes a évolué dans le temps, que l'exposition fréquente de la nudité féminine dans la presse ou la publicité, même dans un contexte à forte connotation sexuelle, ne donne lieu à aucune réaction au nom de la morale publique », pas besoin d'intention sexuelle, la poitrine suffit à elle seule. En sera-t-il de même pour un homme ? Les personnes de sexe masculin sont-ils poursuivis pour exhibition sexuelle si ces derniers se promènent torse nu ? Il ne semble pas que cela soit le cas<sup>688</sup>. Certaines communes interdisent précisément ces comportements par des arrêtés municipaux<sup>689</sup>, ce qui témoigne bien de l'absence de poursuites pour les hommes à demi nu sur le fondement de l'exhibition sexuelle. Ainsi, la Cour de cassation se rattache une nouvelle fois à une conception genrée. La poitrine des femmes serait plus sexualisée que celles des hommes. Jusqu'où faut-il pousser ces différenciations ? Le postérieur d'une femme sera-t-il plus *sexualisable* que celui d'un homme ? Où se situent les limites de la morale ? Par ailleurs, si la Cour de cassation rejette

---

<sup>686</sup> Cass. crim. 9 janvier 2019, n° 17-81.618 ; *D.* 2019. 738, note L. SAENKO ; *ibid.* 2320, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE ; *AJ Pénal* 2019, p. 152, obs. C. MENABE ; *Légipresse* 2019, 78 et les obs. ; *RSC* 2019, 91, obs. Y. MAYAUD ; A. CAPELLO, « La liberté d'expression : un nouveau fait justificatif ? », *AJ Pénal* 2020, p. 339 s.

<sup>687</sup> Cass. crim. 26 février 2020, n° 19-81.827 ; *Dalloz actualité* du 6 mars 2020, obs. A. BLOCMAN.

<sup>688</sup> Sur la question voir notamment L. SAENKO, « Les Femmes, les seins et l'Église », *D.* 2019, p. 378 s.

<sup>689</sup> À condition que ces derniers soient justifiés par des circonstances locales particulières (CE 8 décembre 1997, n° 171134, *C<sup>ne</sup> d'Arcueil c/ Régie publicitaire des transports parisiens*, Lebon). En ce sens, le tribunal administratif de Montpellier a estimé « il ne ressort[ait] pas des pièces du dossier que le port d'une tenue de bain ou le torse nu sur la voie publique ait été susceptible de provoquer dans la commune de La Grande-Motte des troubles matériels sérieux » (TA Montpellier, 18 décembre 2007, n° 053863, *C<sup>ne</sup> de La Grande Motte*). Sur le sujet voir F. BELACEL, « Polices administratives et tourisme : de la sécurité du touriste à l'encadrement de son comportement », *AJ collectivité territoriale*, 2019, p. 434 s.

l'intention sexuelle, poursuivra-t-elle pour exhibition une femme qui allaite ? L'absence de poursuites sur ce fondement laisse apparaître les failles du raisonnement de la Haute juridiction.

Lorsque les victimes se font absentes, le législateur affirme sa volonté de réprimer l'immoralité privée et de préserver la moralité publique. Niant l'absence d'atteinte effective, ces infractions puisent insidieusement leur force dans les mœurs. Cependant, l'absence de victime n'est pas seulement matérielle, elle est également ressentie, personnelle. Le droit pénal va parfois tenter d'imposer à certains individus un statut de victime, quand bien même ces derniers ne se ressentiraient pas eux-mêmes comme tels.

### **B. L'absence de victime ressentie**

**186. L'absence de ressenti, baromètre de la morale.** Contrairement à l'absence matérielle de victime, certaines infractions persistent à imposer ce statut à l'un des protagonistes de la relation sexuelle. Ces infractions nient le consentement des acteurs en présence, au nom de la morale. Ainsi, la préservation des mœurs prime parfois sur l'individu et ses choix<sup>690</sup>, au point de pénaliser des comportements consentis mais considérés au nom de tous comme immoraux. La négation du consentement est intéressante puisqu'elle met en exergue une protection des individus en dépit de leur volonté. Si l'ignorance du consentement est *a priori* ordinaire (1), elle se révèle être, concernant les infractions sexuelles, *a fortiori* singulière (2).

#### *1. Une ignorance du consentement a priori ordinaire*

**187. Des infractions d'ordre public, un consentement inopérant.** En droit pénal français, les infractions sont d'ordre public. Le droit s'impose aux citoyens du fait même de son objet : la protection de la société. Au-delà de l'intérêt privé, au-delà de la victime lésée, c'est l'intérêt social qui est atteint<sup>691</sup>. En effet, le premier couple qui s'affronte lors d'un procès pénal n'est pas constitué de deux individus, mais d'un ou plusieurs individus face à la société meurtrie. Partant, il est communément admis que la volonté individuelle n'est pas de nature à justifier la commission d'une infraction. Le consentement de la victime est *a priori* sans effet.

---

<sup>690</sup> Sur l'autonomie personnelle, voir *infra* n° 386 s.

<sup>691</sup> E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 964.

**188. Une construction historique.** L'Histoire témoigne d'une évolution en ce sens. À l'origine<sup>692</sup>, l'absence d'État a conduit les civilisations à appliquer la vengeance privée. La victime et le groupe auquel elle appartenait, déterminaient à la fois l'offense qui lui était faite et la façon la plus opportune d'y répondre. Aucun contrôle n'était exercé par une autorité étatique, d'ailleurs inexistante. L'infraction et ses conséquences résultaient d'une vengeance strictement privée.

Progressivement, la période que l'on pourrait appeler « période de vengeance privée » a laissé place à l'édification d'une « justice privée ». Les excès résultant de la vengeance semblaient de moins en moins compatibles avec les préceptes religieux<sup>693</sup>. Si, durant cette période, la victime était encore à l'initiative de la réponse donnée à l'atteinte, la notion de proportion entre le mal reçu et le mal rendu émergeait. À cet égard, la loi du Talion peut être considérée comme un progrès puisqu'elle a induit une certaine proportionnalité<sup>694</sup>. Durant cette époque, les particuliers avaient également la possibilité de régler les conflits sous forme de compensation pécuniaire, laquelle était versée par l'agresseur à la victime ou sa famille<sup>695</sup>. L'État restait discret, mais celui-ci contrôlait le respect des règles de modération.

Il faut attendre l'affermissement de l'État pour que l'action en réparation du préjudice de la victime soit transférée au Roi. La justice devient alors publique et l'infraction est désormais perçue comme un trouble à l'ordre public. La victime s'efface derrière l'État et celui-ci finit par se substituer définitivement aux volontés particulières<sup>696</sup>. « Agissant par délégation divine [...], il représenta progressivement l'Ordre offensé »<sup>697</sup>. Désormais, la victime ne décide plus de l'existence ou non d'une infraction, ni même de quelle façon y répondre. Perdant son pouvoir de châtier, cette dernière acquiert un droit à une réparation intégrale. Le droit pénal naît de cette rupture avec la vengeance privée et de l'affirmation de l'État, représentant de l'ordre public troublé. Ainsi, les initiatives individuelles s'estompent et avec elles, le consentement potentiel de la victime. La justice étant publique, elle se doit de répondre au concept d'intérêt général,

---

<sup>692</sup> La présentation des évolutions se veut schématique : « il faut les dater et les interpréter, non pas chronologiquement, mais sociologiquement », É. GARÇON, *Le droit pénal*, Payot, 1922, p. 36.

<sup>693</sup> X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 7.

<sup>694</sup> E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 4.

<sup>695</sup> Cette composition était désignée par le terme *poena* ou le *peccus* dans la Rome antique, d'où vient le mot « peine », voir X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 7. Elle fut institutionnalisée sous le règne de Clovis (418-511)

<sup>696</sup> PH. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699 s.

<sup>697</sup> E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 6.

indépendamment des variations individuelles. Le consentement ne peut donc justifier l'offense « de nature à exciter le ministère public »<sup>698</sup>.

**189. Variations doctrinales.** À ce titre, la place du consentement interroge et divise la doctrine. En effet, certains auteurs adoptent une conception individualiste de la matière pénale en estimant que le consentement serait un « fait justificatif autonome »<sup>699</sup>. S'il comporte des limites, ces auteurs considèrent qu'il s'agit d'une cause générale de justification de nature à retirer à l'acte son caractère illicite<sup>700</sup>. Pour d'autres, le consentement peut seulement neutraliser, dans certaines hypothèses, la constitution de l'infraction<sup>701</sup>. Cependant, la majorité des auteurs estime qu'il ne peut s'agir d'une cause de justification en dehors des cas où la loi le prévoit<sup>702</sup>. Cette conception conforte le caractère légaliste du droit pénal qui repose sur la protection de l'ordre public et conduit à l'indisponibilité de la norme pénale. Cet aspect public de la matière pénale explique que le ministère public soit à l'initiative des poursuites, en tant que représentant de la société. La victime n'a qu'un rôle facultatif puisqu'à de rares exceptions près<sup>703</sup>, sa plainte n'est pas nécessaire pour que des poursuites soient engagées. Le droit pénal protégerait donc moins l'individu que la société. De fait, il serait incongru d'admettre qu'un particulier puisse autoriser une lésion que le droit réprime<sup>704</sup>. Le consentement est inefficace devant l'objet collectif du droit pénal. Il n'a pas la force de justifier des incriminations d'ordre public.

Pour autant, les infractions sexuelles échappent, pour la majorité, à cette logique. S'agissant de la vie privée des individus, ces derniers ont la libre disposition de leur sexualité. Généralement, le consentement des individus s'oppose à la constitution des infractions sexuelles. Pour autant, des exceptions persistent et l'indifférence du consentement peut s'avérer singulière.

---

<sup>698</sup> D. JOUSSE cité par A. LAIGUI et A. LEBRIGRE, *Histoire du droit pénal. Le droit pénal*, Tome 1, Cujas, 2000, p. 110.

<sup>699</sup> Voir notamment P. ROUBIER, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p. 224 s. cité par X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 211.

<sup>700</sup> Voir par exemple F. ABDU, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971 p. 69 ; N. KABBAJ, *Le consentement de la victime*, Thèse, Montpellier, 1981, p. 102. Pour une présentation plus détaillée de ces différentes théories voir X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 211 s.

<sup>701</sup> En matière d'atteinte à la vie privée par exemple.

<sup>702</sup> Voir par exemple PH. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 67 s. ; F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, Broché, 16<sup>ème</sup> édition, 2009, p. 688 s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 533 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6<sup>ème</sup> édition, 2005, p. 269 s.

<sup>703</sup> À titre d'exemple, la plainte de la victime est essentielle concernant les infractions d'atteintes à la vie privée prévues par les articles 226-1 et 226-2 du Code pénal car elle constitue le fondement des poursuites.

<sup>704</sup> X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 s.



2. Une ignorance du consentement a fortiori singulière

**190. La reconnaissance sporadique du consentement**<sup>705</sup>. Le droit français reconnaît des infractions qui protègent, en premier lieu, l'individu. Par conséquent, celles-ci sont tributaires de la libre disposition des particuliers. À leur égard, le consentement est d'une particulière efficacité puisque l'infraction ne sera pas constituée en sa présence. À ce titre, les infractions relevant de la propriété, de la vie privée ou encore de l'honneur ne sont répréhensibles qu'en absence de consentement. L'atteinte à l'ordre public est tributaire de l'existence d'une victime ressentie. Il ne peut y avoir de vol<sup>706</sup> si la soustraction est consentie. De même, l'article 226-1 du Code pénal précise que l'atteinte à l'intimité n'existe que lorsque les paroles ou images ont été enregistrées « sans le consentement de leur auteur ». Concernant ces infractions, la place du consentement relève du droit pénal spécial. Il fait échec à l'élément matériel de l'infraction. Il ne s'agit pas d'un consentement « justificatif » mais d'un consentement « exclusif »<sup>707</sup>. Ces infractions sont à la libre disposition des individus qu'elles concernent et de fait, il est nécessaire que les faits soient perçus et ressentis comme une atteinte pour que l'infraction soit constituée.

**191. L'ambivalence des infractions sexuelles face au consentement.** La majorité des infractions sexuelles relèvent de ces incriminations qui, en protégeant l'intégrité de la personne, reconnaissent la valeur du consentement<sup>708</sup>. Pour que le viol ou l'agression sexuelle dans leur acceptation originelle soient constitués, il faut que la victime perçoive ces actes comme étant des atteintes. Cette violence ressentie est en quelque sorte l'antagoniste d'un consentement donné. La violence, contrainte, menace ou surprise émane de l'absence de consentement. L'atteinte existe parce que l'acte n'est pas souhaité. Le droit pénal intègre cette perception individuelle en incorporant le consentement au sein des éléments constitutifs de l'infraction. Le consentement est contenu dans les termes de l'incrimination. Le consentement est alors exclusif.

---

<sup>705</sup> Sur le sujet voir F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, 2003 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*

<sup>706</sup> Article 311-1 du Code pénal.

<sup>707</sup> Dans sa thèse, X. PIN distingue deux formes de consentements permissifs. Le premier s'oppose à la constitution matérielle de l'infraction, il s'agit du consentement exclusif. Celui-ci figure au sein des éléments constitutifs et sa présence permet de faire échec à la caractérisation de l'infraction. Ce consentement concerne les incriminations issues de valeurs sociales disponibles, qui tendent donc à protéger la liberté individuelle. Le consentement justificatif, quant à lui, permet de justifier, par dérogation, une infraction pourtant constituée. Contrairement au consentement exclusif, le consentement justificatif permet de neutraliser une infraction qui appartient à un bien juridique indisponible (X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 76 s.) ; sur la relativité de cette distinction suite à la remise en cause des valeurs sociales protégées, voir *infra* p. 386 s.

<sup>708</sup> Voir notamment X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.* ; Y. MAYAUD, « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 9 s.

Cependant, cela n'a pas toujours été le cas et il subsiste encore des infractions sexuelles, telles que l'atteinte sexuelle, le viol et l'agression sexuelle sur mineur de quinze ans<sup>709</sup> ou la prostitution, qui ne reconnaissent pas le consentement des protagonistes. La victime est ici apocryphe. Son statut est supposé au point de lui être imposé. Peu importe la perception qu'elle peut avoir de son état, peu importe que l'atteinte ne soit pas perçue de l'intérieur, celle-ci est proclamée par l'extérieur.

**192. L'atteinte sexuelle, l'impossible consentement.** L'article 227-25 du Code pénal relatif à l'atteinte sexuelle offre un exemple percutant. Si cette infraction tente *a priori* de préserver la moralité du mineur, il semble qu'elle s'inscrive également dans une préservation de la moralité privée. Le propre de cette infraction est de se fonder sur l'absence de violence, contrainte, menace ou surprise, à la différence du viol ou de l'agression sexuelle dans leur sens ordinaire. L'idée est donc de pénaliser une relation sexuelle *a priori* consentie. Cette infraction part du postulat que le consentement ne peut être libre, car le mineur est incapable de disposer de son corps de façon éclairée.

Pour autant, s'il est possible de concevoir qu'en deçà d'un certain âge arbitrairement fixé ou apprécié au cas par cas le consentement ne peut être donné, il paraît étonnant de refuser pour tous les mineurs la reconnaissance de leur consentement en matière sexuelle. Ce refus s'explique néanmoins par le fait que cette infraction ne tente pas exclusivement de protéger le mineur, mais également de mentionner l'interdiction pour un majeur d'éprouver une attirance sexuelle envers un mineur. Cette incrimination va au-delà de la protection des mineurs elle souhaite atteindre les mœurs déviantes de l'adulte. Le fait de fixer un âge en deçà duquel toute relation sexuelle est interdite avec un majeur, n'a pas uniquement pour objet de protéger le mineur, mais également de déceler chez l'adulte une attirance contraire aux mœurs. À cet égard, le droit pénal manifeste parfaitement sa volonté de susciter une moralité privée conforme à la société, niant le consentement du mineur, et, par là même, l'absence de victime. Au sein de cette infraction, l'ordre public et l'ordre moral se rejoignent. Certes le mineur ne se ressent pas victime puisqu'il est consentant, toutefois, son âge peut permettre de douter quant à la nature de cet accord<sup>710</sup>.

Cependant, cet ancrage moral se fait d'autant plus visible lorsque le mineur est âgé de plus de quinze ans. L'article 227-27 du Code pénal punit de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 €

---

<sup>709</sup> Il est permis de discuter la capacité à consentir pour un mineur de quinze ans, voir *infra* n° 410 s.

<sup>710</sup> Sur la prise en compte de la subtilité du consentement du mineur intégré dans le droit prospectif, voir *infra* n° 411.

d'amende « les atteintes sexuelles sur un mineur âgé de plus de quinze ans [...] lorsqu'elles sont commises par toute personne majeure ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait [ou par] une personne majeure qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ». La rigueur de cette infraction est surprenante. Finalement, peu importe la réalité du consentement, une telle relation est immorale et, à ce titre, elle doit être évitée grâce à l'usage de l'arme pénale. Pourtant, on peut imaginer qu'un adolescent de dix-sept ans est parfaitement apte à consentir de façon libre et éclairée à une relation sexuelle avec une personne de potentiellement trois ans son aîné, quand bien même celle-ci exercerait une certaine autorité dès lors que celle-ci ne constitue pas une forme de contrainte de nature à justifier une agression sexuelle. L'influence de la morale évince toute casuistique : le Code pénal interdit l'existence d'une telle liaison. Cette volonté de débusquer l'attraction immorale permet d'expliquer le fait que l'infraction ne peut être commise que par un majeur. La minorité de l'auteur de l'infraction serait de nature à purger l'immoralité de la situation, donnant ainsi une légitimité aux potentielles infractions, elle permettrait d'effacer l'atteinte aux mœurs<sup>711</sup>.

**193. Le viol et l'agression sexuelle sur mineur de quinze ans.** Par ailleurs, la loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste<sup>712</sup> réaffirme l'interdit moral en criminalisant le viol et l'agression sexuelle sans contrainte, violence, menace ni surprise dès lors que celle-ci s'exerce sur un mineur de quinze ans et qu'au moins cinq années le sépare de l'auteur. Désormais « 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 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 »<sup>713</sup>. De même, « 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 »<sup>714</sup>. Finalement, ces infractions ainsi rédigées ne sont rien d'autre qu'une

---

<sup>711</sup> De la même façon, l'âge de quinze ans été choisi en cohérence avec l'ancien article 144 du Code civil qui autorisait le mariage des filles dès l'âge de quinze ans. Il apparaissait donc logique que cet âge soit celui à partir duquel on pouvait avoir des relations sexuelles sans que cela ne soit une infraction pénale. Cependant, selon l'article 145 du Code civil le procureur de la République peut accorder des dispenses d'âge pour motifs graves. Il s'agissait essentiellement de l'état de grossesse de la mineure. La dispense d'âge permettait donc d'attester d'une atteinte sexuelle. À ce titre, une circulaire ministérielle du 13 mai 1952 recommandait de ne pas exercer les poursuites contre le futur mari. Néanmoins, l'opportunité des poursuites demeurait et le procureur de la République conservait toute liberté d'en faire application (voir V. MALABAT, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, préc. cit., n° 65 s.).

<sup>712</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>713</sup> Article 222-23-1 du Code pénal.

<sup>714</sup> Article 222-29-2 du Code pénal.

présomption irréfragable de non consentement tendant à échapper au risque d'inconstitutionnalité<sup>715</sup>, révélant le caractère immoral de cette relation. Le risque de censure ne semble pas contrarier le législateur. La virulence avec laquelle la sexualité des mineurs est appréhendée par l'opinion publique permet de s'aventurer au-delà des limites juridiques.

Ces quelques infractions s'attachent à protéger les mœurs, interdisant le fait d'avoir une image sexualisée d'un mineur. Le statut de victime est automatiquement attribué au mineur, quand bien même il ne se ressentirait pas comme telle<sup>716</sup>.

**194. La prostitution, l'impensable consentement.** En France, si la prostitution n'est plus réprimée depuis l'abolition du délit de racolage<sup>717</sup>, tout ce qui avoisine cette activité demeure prohibé. Ainsi, depuis 2016, les clients des prostituées font l'objet d'une répression<sup>718</sup>. Contravention de 5<sup>ème</sup> classe, l'infraction devient délit en cas de récidive comme en témoigne le premier alinéa de l'article 225-12-1 du Code pénal qui dispose que « lorsqu'il est commis en récidive dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11, le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, 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 est puni de 3 750 € d'amende »<sup>719</sup>. De même, le proxénétisme se décline sous toutes ses formes et l'imprécision des termes laisse place à une interprétation potentiellement infinie<sup>720</sup>. En somme, tout interdit la prostitution. Il s'agit d'« une infraction sans texte »<sup>721</sup>. Loin du système réglementariste qui se propose de contrôler la prostitution à défaut de pouvoir l'éradiquer, la

---

<sup>715</sup> Le Conseil d'État, dans son avis du 15 mars 2018 sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, avait estimé qu'une présomption de non-consentement uniquement fondée sur l'âge du mineur ne saurait garantir le respect des principes constitutionnels. Il estime que « 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 ». Sur le consentement en matière criminelle, voir *infra* n° 410 s.

<sup>716</sup> Sur la réécriture de ces infractions, voir *infra* n° 405 s.

<sup>717</sup> Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, *JO* du 14 avril 2016.

<sup>718</sup> *Ibidem*.

<sup>719</sup> La suite de l'article dispose qu'« Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, 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, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ».

<sup>720</sup> Les articles 225-5 et suivants du Code pénal pénalisent le proxénétisme par incitation, assistance, entremise, partage et hébergement.

<sup>721</sup> R. PARIZOT, « La prostitution, une infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373 s.

France s'éloigne progressivement du système abolitionniste qui tend à supprimer la prostitution sans l'interdire expressément, pour rejoindre discrètement le système prohibitionniste qui vise à réprimer la vente d'actes charnels sous toutes ses formes<sup>722</sup>.

Il est intéressant de constater que les infractions entourant la prostitution font également exception au consentement permissif. Le droit pénal français n'effectue aucune distinction entre la prostitution choisie et la prostitution contrainte. Le proxénète, notamment le proxénète hôtelier ou le client, sont pénalement saisis, quand bien même la prostitution serait consentie par la personne travailleuse du sexe. À ce titre, il est essentiel de définir ce qu'il est permis d'entendre par *prostitution choisie*. En effet, évoquer la notion de choix ne se réfère pas uniquement à une prostitution revendiquée. Il n'est pas possible d'envisager de façon binaire le choix et la contrainte. L'exercice de la prostitution relève dans la majorité des cas d'une position intermédiaire. Ne pouvant être considérée de façon manichéenne, la prostitution doit être appréciée dans sa complexité, oscillant entre choix et contrainte, glissant de l'un à l'autre en fonction des événements (obtention d'une carte de séjour, difficultés économiques ou, au contraire, économies nécessaires à l'aboutissement d'un projet personnel...). La contrainte, lorsqu'elle atteint son paroxysme, relève de la traite des êtres humains en raison de la pression exercée par une tierce personne<sup>723</sup>. En revanche, la nécessité économique soulignée par le rapport parlementaire en date du 8 juillet 2014<sup>724</sup> ne peut être entendue comme une forme de contrainte, sauf à interdire un grand nombre de professions animées par cette même contrainte économique<sup>725</sup>. En effet, le constat de cette nécessité ne fait aucun doute ; pour autant, cela relève-t-il réellement d'une contrainte justifiant la position abolitionniste française à l'égard de la prostitution ? S'il est évident que la prostitution choisie n'est pas majoritaire, sa négation absolue laisse perplexe. Bien d'autres activités connaissent des formes d'exploitations et de

---

<sup>722</sup> Communément, il existe trois positions face à la prostitution. La première est la position réglementariste. Elle consiste à réglementer la prostitution, la considérant comme un phénomène inéluctable qu'il s'agit d'intégrer au mieux dans la société en fixant un cadre à son exercice. La politique abolitionniste tend à éradiquer la pratique d'échange économico-sexuels, mais sans l'interdire expressément. Enfin, la philosophie prohibitionniste consiste à interdire purement et simplement la prostitution. Pour une présentation de ces différents systèmes voir notamment A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, IRJS, 2015 ; B. LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits* 2009, n° 49, p. 57 s. ; J. LECAME, « Le statut juridique des personnes prostituées en France », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 103 s. ; B. PY, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Prostitution, proxénétisme, racolage, mai 2021.

<sup>723</sup> Article 225-4-1 du Code pénal.

<sup>724</sup> M. MEUNIER, Rapport de l'Assemblée nationale n° 697 du 8 juillet 2014 fait au nom de la commission spéciale sur la proposition de la loi, adoptée par l'Assemblée nationale, renforçant la lutte contre le système prostitutionnel.

<sup>725</sup> Parallèlement, la précarité économique constitue un état de vulnérabilité reconnu par le législateur qui permet d'aggraver le viol, l'agression sexuelle et le harcèlement sexuel. Pour autant, le paradigme est différent car il ne s'agit pas là d'outrepasser le consentement de l'individu, contrairement à la prostitution qui exclu *de facto* la possibilité de consentir par la précarité économique.

pressions similaires. Toutefois, il semblerait que personne n'ait songé à interdire l'industrie du textile ou le travail domestique<sup>726</sup>. P. MISTRETTA souligne également ce paradoxe : « Ne faut-il pas alors analyser le fait pour un employeur d'utiliser la force physique de travail d'un salarié moyennant rémunération comme une forme de violence ? »<sup>727</sup>.

Partant, qu'est-ce qui motive cette prohibition niant, envers et contre tout, un possible consentement ? Soutenir qu'il s'agit d'une volonté de protéger le bon ordre public et sa composante sanitaire ne saurait convaincre. Pourquoi ne pas aménager cette activité pour qu'elle se déplace dans des établissements réglementés prévus à cet effet ? Le malaise provoqué par la manifestation extérieure de la sexualité n'est-il pas intrinsèquement lié aux mœurs ? Si la crainte se niche au creux de la prostitution visible, pourquoi ne pas distinguer la prostitution de rue et celle qui se déroule sur internet ? En attachant la prostitution à l'ordre public, on embrasse aveuglément l'ordre moral. Il semblerait qu'à l'instar des autres infractions exposées plus haut, cette pénalisation sans borne repose davantage sur la morale que sur la raison. La prostitution, et plus encore la prostitution migrante, obscurcit la frontière « censée séparer la technicité du droit des ressorts moraux, émotionnels ou affectif du jugement de sens commun »<sup>728</sup>. En effet, cachées sous la protection des personnes prostituées, souvent décrites comme étant des femmes afin que le statut de victime leur convienne davantage, ce sont les bonnes mœurs que l'on souhaite protéger<sup>729</sup>. Selon A. CASADO, il en existerait un quatrième courant, au-delà des systèmes réglementariste, abolitionniste et prohibitionniste : celui de la victimisation<sup>730</sup>. Prenant appui sur ce système, un certain nombre de dispositions non pénales ont été créées afin de garantir « l'accompagnement des victimes de la prostitution »<sup>731</sup>, dévoilant par là même l'aspect

---

<sup>726</sup> D. BORRILLO, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 38 s., spéc. p. 57.

<sup>727</sup> P. MISTRETTA, « Requiem pour la non pénalisation de recours à la prostitution », *JCP* 2013, I, 106.

<sup>728</sup> M. DARLEY, « L'exploitation sexuelle en procès : perspectives comparées franco-allemandes », *Les Cahiers de la justice*, 2017, n° 1, p. 107 s., spéc. p. 117.

<sup>729</sup> « La loi du 13 avril 2016 emploie les mots "victimes de la prostitution", sans que l'on sache très bien si les personnes prostituées sont victimes d'elles-mêmes, des clients (dont l'acte d'achat est désormais pénalisé indépendamment de l'âge ou de l'état de particulière vulnérabilité de la personne prostituée) ou du "système prostitutionnel" dont parle le titre de la loi », (R. PARIZOT, « La prostitution, une infraction sans texte », art. préc., spéc. p. 374).

<sup>730</sup> A. CASADO, « Brèves remarques à la lecture de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *Droit pénal*, juin 2016, étude n° 12.

<sup>731</sup> Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, *JO* du 14 avril 2016, Chapitre II, Section 1 « Dispositions relatives à l'accompagnement des victimes de la prostitution ».

paternaliste de ce courant de victimisation<sup>732</sup>. Pour autant, le parcours de sortie est en réalité très limité et peine à se mettre en place<sup>733</sup>.

Animé par une volonté d'associer la sexualité à l'amour, le législateur n'hésite guère à prendre en compte de façon tout à fait inhabituelle le mobile lucratif. L'idée que la sexualité soit animée par autre chose que par du désir est rejeté. Impossible de concevoir que l'usage du corps dépasse la sphère amoureuse normée par la société qui en pose les limites<sup>734</sup>. Par le biais de la loi s'impose une forme de paternalisme sexuel<sup>735</sup>, insistant sur la nécessité d'une sexualité domestiquée, en somme, une *bonne* sexualité.

Le statut de victime est ainsi présumé, quand bien même les protagonistes ne se considèreraient pas ainsi. Les infractions sexuelles sans victime semblent toutes ancrées, du moins en partie, dans la protection de ce que l'on pense être la morale commune. Le législateur tente au mieux de préserver la moralité privée et la moralité publique, usant, volontairement ou non, d'un stratagème sur lequel il s'agira de s'attarder. En effet, le jeu des valeurs sociales met en exergue les différents masques dont le législateur fait usage afin de justifier les bonnes mœurs ; à savoir le masque de la dignité et celui des victimes fictives.

## § 2 – Les tentatives de justification

**195. Le jeu des valeurs sociales protégées.** Le Code pénal ne saurait mettre en exergue les fondements moraux de certaines infractions sans s'exposer à l'indignation. Le législateur est donc contraint d'user de stratagèmes tendant à dissimuler la *ratio legis* de certaines infractions. Partant, il justifie certaines incriminations par d'autres valeurs sociales protégées que celles qu'elles tendent à réellement défendre, à savoir l'atteinte portée à la morale. Par ailleurs, ne se limitant pas à ce subterfuge, le législateur place ces infractions au sein de valeurs sociales

---

<sup>732</sup> Article L. 121-9 du Code de l'action sociale et des familles. Pour plus de détails sur ce point voir notamment A. CASADO, « Brèves remarques à la lecture de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *Droit pénal*, juin 2016, étude n° 12 ; P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273 s. ; R. PARIZOT, « La prostitution, une infraction sans texte », art. préc.

<sup>733</sup> Évaluation de la loi du 13 avril 2016 visant renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées disponible, p. 57 s. disponible sur [https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/06/rapport\\_prostitution.pdf](https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/06/rapport_prostitution.pdf) (Dernière consultation le 31 août 2021). En 2019, seuls 300 parcours de sortie ont été autorisés. Voir notamment P. JANUEL, « Prostitution : un rapport de l'inspection éreinte l'action du gouvernement », *Dalloz actualité*, 24 juin 2020.

<sup>734</sup> En effet, l'amour entre un majeur et un mineur ne suffit pas à légitimer leur relation au regard du droit pénal.

<sup>735</sup> P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », art. préc.

particulièrement protégées par le droit pénal : la minorité et la dignité. Ces valeurs, partagées par l’opinion publique, suscitent une forme d’enthousiasme collectif qui permet au législateur d’avancer sereinement dans la pénalisation, grâce à leur indisponibilité.

L’usage de fondements dissimulés permet de masquer l’influence des mœurs sur le droit pénal tout en justifiant leur pénalisation (A). Plus encore, les justifications de ces incriminations sont particulièrement efficaces car il s’agit de valeurs sociales protégées indisponibles, rayonnant de toute leur existence. Les infractions fondées sur les mœurs sont alors camouflées derrière des fondements imposants ce qui, malheureusement, n’est pas sans conséquence (B).

### A. Des fondements dissimulés

**196. Des dissimulations efficaces.** Afin de justifier certaines infractions qui demeurent fondées sur les mœurs, il était nécessaire de leur trouver une assise capable de travestir leur ancrage moral. Pour ce faire, le choix s’est porté vers des fondements solides faisant consensus et capables de tout justifier. La restriction du consentement ou l’absence de victime fut légitimée par la nécessité de protéger les personnes les plus faibles et leur dignité. Le masque du mineur victime (1) et celui de la dignité bafouée (2) dissimulent en réalité une certaine volonté interventionniste.

#### 1. *Le masque du mineur victime*

**197. Une victime fictive.** Le premier masque utilisé par le Code pénal est celui du mineur<sup>736</sup>. « Disparaît désormais toute logique exclusive de sauvegarde de la moralité publique ; ce sont les personnes que la loi protège »<sup>737</sup>. Telle est l’image que le législateur souhaite véhiculer.

Parmi les personnes vulnérables, les mineurs apparaissent en tête de liste. Un tel constat est flagrant au regard des infractions précédemment étudiées. La majorité d’entre elles relève de la section intitulée « mise en péril du mineur ». Exposées au regard de l’opinion publique, les affaires qui impliquent les mineurs font grand bruit<sup>738</sup>. Symbole de l’innocence, tout tend à préserver leur pureté. Comme au temps de FREUD, l’association de l’enfance à la sexualité

---

<sup>736</sup> Sur le mineur voir notamment M. MARRION, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse, Nancy 2, 2010.

<sup>737</sup> B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, PUF, 2005, p. 51.

<sup>738</sup> Sur l’influence de l’opinion publique, voir *infra* n° 258 s.



heurte les consciences, perturbe les mœurs. Il fut démontré que certaines incriminations s'appuyaient sur la préservation du mineur, sans pour autant que sa présence, voire son existence, soient nécessaires<sup>739</sup>. Que protégeaient ces infractions : la morale blessée ou le mineur victime ? Le constat fut le suivant : certains comportements sexuels situés dans la section « mise en péril des mineurs » laissent davantage entrevoir une volonté de sanctionner les pensées ou actes immoraux des majeurs que de protéger les mineurs. En tout état de cause, il semble que les deux objectifs se mêlent aisément.

**198. Des mœurs en filigrane.** Par cette volonté affichée de préserver l'enfant et l'adolescent, le législateur use du masque de la victime fictive, érigée en valeur sociale protégée, afin de sanctionner les pensées immorales des majeurs et préserver la moralité publique et privée. Insérer ces infractions dans un chapitre relatif aux mineurs et à la famille met en exergue la tentative de justification. En réalité, la véritable *ratio legis* de ces infractions n'apparaît pas, celle-ci se fait discrète derrière l'image du mineur victime, portée à bout de bras. Coupant court aux potentielles remarques qui pourraient lui être faites, le législateur dissimule les mœurs derrière la victime, il étouffe la volonté de sanctionner l'immoral, sous le souhait affiché de préserver l'enfance, au point d'édifier des infractions maladroites, au sein desquelles le mineur n'est qu'un artifice<sup>740</sup>.

Par ailleurs, le caractère factice de cette valeur protégée est également souligné par la dualité du régime applicable aux mineurs. Effectivement, ces derniers sont considérés responsables pénalement dès qu'ils sont dotés de discernement, présumé à partir de treize ans<sup>741</sup>. Dès l'âge de treize ans, les mineurs peuvent en effet faire l'objet d'une peine, notamment privative de liberté<sup>742</sup>. En revanche, ils sont considérés incapables de consentir à tout acte sexuel jusqu'à l'âge de quinze ans, voire dix-huit ans selon les cas<sup>743</sup>. Plus paradoxal encore, un enfant peut être condamné pour viol, alors même que ce dernier ne sera en mesure de consentir à un rapport sexuel avec un majeur<sup>744</sup>. Tantôt délinquant, tantôt victime, les mœurs influencent cette

---

<sup>739</sup> Voir *supra* n° 177.

<sup>740</sup> *Ibidem*.

<sup>741</sup> L'article L11-1 de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, *JO* du 13 septembre 2019 : « 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 ».

<sup>742</sup> Article L11-4 de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019, préc. cit. : « Aucune peine ne peut être prononcée à l'encontre d'un mineur de moins de treize ans ».

<sup>743</sup> L'article 227-27 du Code pénal punit l'atteinte sexuelle sur un mineur de plus de quinze ans.

<sup>744</sup> Sur la question des seuils d'âge, voir *infra* n° 411 s.

dichotomie et laissent entrevoir, derrière la protection du mineur, le caractère sacré de la sexualité<sup>745</sup>.

**199. Les mœurs travesties en mineur.** À ce titre, il est intéressant de constater que les parlementaires, dans leurs travaux concernant l’entrée en vigueur du nouveau Code pénal, ont manifesté leur souhait, conscient ou non, de s’inscrire davantage dans cette logique de dissimulation. En effet, au sein du rapport présenté au Sénat, la discussion entourant l’atteinte sexuelle sur la personne d’un mineur de quinze ans s’est avérée particulièrement révélatrice. Le débat portait sur le fait de regrouper les atteintes sexuelles dans la section III du Chapitre II, relative aux agressions sexuelles. La commission affirmait que « le cas particulier des comportements homosexuels sans violence, contrainte, menace, ni surprise doit être à nouveau soulevé et que ces attitudes, profitant de la minorité du jeune, doivent être appréhendées dans la présente section consacrée [...] à la "mise en péril des mineurs" »<sup>746</sup>. Cette remarque met parfaitement en évidence la confusion entre minorité et moralité. La minorité justifiait l’instauration d’une nouvelle discrimination éminemment fondée sur les mœurs d’une époque. Le rapport soulignait ainsi que « s’il était parfaitement admissible d’avoir supprimé toute discrimination d’homosexualité concernant les adultes, il demeurerait au contraire indispensable de protéger l’individu contre les actes homosexuels, à l’époque de son adolescence »<sup>747</sup>. Suite à cela, E. DAILLY, rapporteur de la proposition de loi, affirmait que ce texte « n’a d’autre objet que de protéger les mineurs contre les actes qui peuvent être de nature à leur causer des traumatismes physiques et mentaux irréversibles »<sup>748</sup>. Les majeurs apparaissent irrémédiablement déviants et les mœurs sont ici justifiées par la personne du mineur. Si cette proposition n’a pas été retenue, il n’en demeure pas moins intéressant de constater que l’enfant ne cesse d’être utilisé pour justifier l’insertion pernicieuse de la morale au sein des infractions pénales. Loin d’être anecdotique, cette même situation est réapparue en 2021, en Hongrie. Une nouvelle loi relative à la pédocriminalité a entretenu le terrible amalgame en prévoyant que « la pornographie et les contenus qui représentent la sexualité ou promeuvent la déviation de l’identité de genre, le changement de sexe et l’homosexualité ne doivent pas être accessibles aux moins de 18 ans »<sup>749</sup>. Selon le premier ministre hongrois, il ne s’agit pas des droits LGBT+

---

<sup>745</sup> D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 194.

<sup>746</sup> CH. JOLIBOIS, Rapport du Sénat n° 295 du 18 avril 1991 sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes, p. 172.

<sup>747</sup> CH. JOLIBOIS, Rapport du Sénat n° 295 du 18 avril 1991, préc. cit., p. 174.

<sup>748</sup> *Ibidem*.

<sup>749</sup> Voir notamment « Droits LGBTQ + en Hongrie : Viktor Orban sous pression au sommet de l’Union européenne », *Le Monde*, 24 juin 2021.

mais, de « la façon dont les parents veulent faire l'éducation sexuelle de leurs enfants ». L'influence de la morale ne rougit devant aucune justification falacieuse.

**200. Une morale progressivement dévoilée.** La loi du 21 avril 2021 a réintroduit, silencieusement, la « morale » parmi la lettre du texte<sup>750</sup>. Alors qu'elle semblait évanouie, cette dernière a réintégrer le Code pénal sous sein de la section relative à la mise en péril des mineurs<sup>751</sup>, sous les traits du premier paragraphe intitulé : « De la mise en péril de la santé et de la moralité des mineurs ». Contrairement à l'utilisation du terme « mœurs » dans l'ancien Code pénal<sup>752</sup>, la moralité ne se réfère pas à la sexualité. Elle renvoie ici sur la consommation d'alcool ou de stupéfiants<sup>753</sup>. Néanmoins, cet ajout est significatif. Il dévoile l'une des raisons qui anime le législateur lorsqu'il s'intéresse aux mineurs. Il ne serait guère étonnant d'un jour voir réapparaître les « mœurs » dans la lettre du texte.

En définitive, il apparaît que ces infractions souhaitent protéger le mineur ou, plus précisément, l'image que le majeur se fait de celui-ci. Toutefois, l'usage de cette valeur sociale s'avère parcellaire. La minorité permet de dissimuler le fondement principal de ces infractions, le fondement moral. Aux côtés du masque du mineur, une autre arme est exploitée par le législateur pour étouffer la moralité : celle de la dignité.

---

<sup>750</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>751</sup> Livre II, Titre II, Chapitre VII, Section 5.

<sup>752</sup> Voir *supra* n° 65 s.

<sup>753</sup> Articles 227-18 et suivants du Code pénal.

## 2. Le masque de la dignité

**201. Une notion insondable**<sup>754</sup>. L’appréhension de la dignité, non plus en tant que source d’inspiration pour le législateur<sup>755</sup> mais bel et bien comme une valeur protégée à part entière, interroge et inquiète à la fois. La notion est aujourd’hui l’intitulé du Chapitre V du Titre II présent dans le Livre II. Pour autant, le concept demeure particulièrement obscur et insaisissable. L’absence de définition engendre une atteinte évidente au principe de légalité et laisse au juge un vaste pouvoir d’appréciation. *Le Monde* publie ainsi le 31 janvier 2003 un article au titre éclairant : « Dignité humaine : le plus flou des concepts »<sup>756</sup>. Il est vrai qu’au regard des infractions qu’elle rassemble, aucun objectif précis ne transparait à travers la notion de dignité de la personne humaine<sup>757</sup>. Elle pourrait se définir comme ce qui « fait référence à tout ce qu’il convient de faire respecter dans l’homme en tant que tel. Elle s’oppose donc à tout ce qui peut dégrader la personne humaine et l’humilier »<sup>758</sup>. Si l’atteinte à la dignité consiste en être considérée comme étant la réification des individus, en la négation de leur humanité<sup>759</sup>, le viol n’a-t-il pas sa place parmi les atteintes à la dignité ? Ce comportement n’est-il pas la réification par excellence du corps d’autrui pour son propre plaisir ? Commettre un viol consiste à utiliser le corps de l’autre pour satisfaire une envie, ignorant par la même sa volonté et son libre arbitre. Or, pourquoi cette infraction ne se situe pas au sein du chapitre relatif à la dignité ? Au regard de la place du viol dans le Code pénal, l’infraction protège davantage l’intégrité physique que la dignité humaine telle qu’elle est conçue dans le Code pénal. L’usage de la

---

<sup>754</sup> D. VIRIOT-BARRIAL, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Dignité de la personne humaine, septembre 2020. Voir également M. DANTI-JUAN, « La notion de dignité humaine en droit pénal », in *Questions contemporaines de science criminelle*, Cujas, vol. 16, 1996, p. 99 s. ; E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730 s. ; B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185 s. ; M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, 2007, n° 1, vol. 58, p. 1 s. ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres et vin nouveau », *Droits* 2009, n° 48, p. 59 s. ; P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I, 100. Sur l’obscurité de la notion voir également S. BRUGIERE, « La dignité schizophrène », *D.* 2005, p. 1169 s. ; F. CABALLERO, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010, n° 111 : « l’imprécision de la notion de dignité humaine, considérée comme le plus flou des concepts, est unanimement reconnue » ; D. MARTENS, « Encore la dignité humaine : réflexions sur la promotion par les juges d’une norme suspecte », in *Mélange Lambert – Les droits de l’Homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 561 s. ; D. ROMAN, « Le principe de dignité dans la doctrine de droit social », in S. HENNETTE-VAUCHEZ et C. GIRARD (dir.), *La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 70 s.

<sup>755</sup> F. BUSSY, « La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 61 s., spéc. p. 66.

<sup>756</sup> O. CAYLA, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14 s.

<sup>757</sup> « En mettant sur le même plan un "lancer de nain" dans une discothèque et le génocide d’une population entière, on en vient à justifier tout et n’importe quoi. Le concept est à ce point instrumentalisé qu’il ne représente plus rien », E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730 s., spéc. p. 2731.

<sup>758</sup> P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », art. préc.

<sup>759</sup> F. TULKENS, « Controverse sur l’autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2008, n° 48, p. 3 s., spéc. p. 53 s. ; M. AILINCAI, « Propos introductifs », *La Revue des droits de l’homme*, 17 novembre 2015.

dignité en tant que valeur sociale protégée à proprement parlé n'est pas cohérent<sup>760</sup>. La dignité est transcendante<sup>761</sup>. Cette notion a vocation à inspirer l'ensemble de la matière pénale. Insondable, cette absence de définition engendre certaines inquiétudes et, selon de nombreux auteurs de doctrine, il est fortement permis de craindre que « l'invocation fétichiste du principe de dignité » conduise au retour de l'ordre moral<sup>762</sup>. Plus qu'une crainte, ce retour à l'ordre moral est déjà effectif.

**202. Une notion absolue.** La dignité peut être conçue et appréhendée de deux façons. La première conception est celle de la dignité collective, tendant à protéger l'humanité tout entière, au-delà de l'homme dans son individualité. La seconde forme est celle de la dignité subjective, ou dignité « actée »<sup>763</sup>, « intime à chacun et dont la liberté est une modalité d'expression privilégiée »<sup>764</sup>. En présence de ces deux conceptions actuellement conflictuelles se pose la question de savoir s'il est légitime de brandir la dignité collective contre la dignité subjective<sup>765</sup>. Telle était l'opposition formulée par WACKENHEIM au Comité des droits de l'homme, estimant que son activité connue sous le nom de « lancer de nain » lui permettait un salaire suffisant afin de mener une vie digne<sup>766</sup>. Insensible à cette argumentation, le Comité trancha pour la valorisation d'une dignité collective.

En effet, le propre du principe de dignité de la personne humaine érigée en tant que valeur sociale protégée est d'imposer aux individus le respect de ce que l'on considère digne d'eux. En l'état actuel du droit, la dignité objective prime de façon absolue sur la liberté personnelle des individus<sup>767</sup>. Mieux que l'homme lui-même, le législateur prétend détenir le secret de l'humanité ou de l'« humanité » selon un néologisme de J.-F. SEUVIC<sup>768</sup>, traçant une ligne hermétique

---

<sup>760</sup> De façon générale, l'usage des valeurs sociales n'est pas pertinent. « L'identification des biens juridiques protégés est même très incertaine ; ce qui fragilise les incriminations au lieu de les renforcer » (E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020, p. 20). Sur la remise en question de la place des valeurs sociales protégées, voir *infra* n° 476 s.

<sup>761</sup> Sur la volonté d'une appréhension différente de la notion de la dignité, voir *infra* n° 201.

<sup>762</sup> J.-P. MARGUENAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits* 2009, n° 49, p. 19 s., spéc. p. 27.

<sup>763</sup> B. LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits* 2009, n° 49, p. 57 s.

<sup>764</sup> M. AILINCAI, « Propos introductifs », art. préc.

<sup>765</sup> O. CAYLA, « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 108 s.

<sup>766</sup> CEDH 26 juillet 2002, n° 29961/96, *Wackenheim c. France* ; M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH* 2003, n° 55, p. 1017 s.

<sup>767</sup> M. FABRE-MAGNAN, « La dignité en droit : un axiome », art. préc.

<sup>768</sup> J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in *Ethique, droit et dignité de la personne*, Mélanges Christian Bolze, Economica, 1999, p. 343 s.

entre ce qui est digne et ce qui ne l’est pas. S’imposant de toutes ses forces, la notion constitue l’instrument privilégié d’une moralisation du droit en ce qu’elle lie et transcende l’individu<sup>769</sup>. Niant toute capacité de réflexion et de détermination, les comportements punis dans cette section protègent l’individu contre les autres, mais également contre lui-même. La consistance de la dignité est déterminée et imposée de façon impérieuse, ignorant les perceptions individuelles. Ainsi, selon J.-F. SEUVIC, « la dignité de la personne humaine comme valeur collective ne saurait être limitée à l’idée que l’homme ou l’individu peut se faire de sa propre dignité »<sup>770</sup> : il s’agit de protéger « l’irréductible humain »<sup>771</sup>. On découvre alors que celle-ci fait échec à la logique consensualiste en matière d’infractions sexuelles. Impossible de renoncer à notre propre dignité, le consentement des protagonistes n’est d’aucun effet.

La valorisation de la dignité objective conduit inévitablement au retour de l’ordre public moral au sein duquel l’État se fait moralisateur et impose ses propres conceptions de ce qui est digne. Éminemment paternaliste et dirigiste<sup>772</sup>, cette valeur sociale se confond souvent avec les mœurs et s’octroie le rôle de protéger l’homme au nom de son humanité, parfois même en dépit de sa volonté. « Elle permet d’imposer une norme de comportement, de dire ce qui est bon et bien, ce que chacun doit faire ou ne pas faire, etc »<sup>773</sup>. De fait, l’argument de la dignité sert de prétexte pour imposer une vision puritaine de la sexualité et remplace la notion surannée de bonnes mœurs<sup>774</sup>. Selon D. BORRILLO, la dignité humaine a permis indirectement la réactualisation des vieilles catégories morales, recréant la dichotomie entre la *bonne* et la *mauvaise* sexualité<sup>775</sup>. Le juste et l’injuste laissent ainsi place au bien et au mal, à tel point que cette valeur sociale aboutit à infantiliser les personnes, notamment les prostitués<sup>776</sup> en refusant de reconnaître l’usage du corps à des fins économiques. Ignorant l’existence d’une prostitution consentie, la dignité justifie l’immixtion du droit dans la sphère intime, particulièrement dans la sphère sexuelle. Ces infractions s’inscrivent *ipso facto* dans une logique de protection des bonnes mœurs<sup>777</sup> et la

---

<sup>769</sup> O. CAYLA, « Jeux de nains, jeux de vilains », in G. LEBRETON (dir), *Les droit fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1996*, L’Harmattan, 1998, p. 155 s.

<sup>770</sup> J.-F. SEUVIC, « Variations sur l’humain, comme valeurs pénalement protégées », art. préc., spéc. p. 364.

<sup>771</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme et l’irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477 s.

<sup>772</sup> E. DREYER, « La dignité opposée à la personne », art. préc., spéc. p. 2730.

<sup>773</sup> *Ibidem*.

<sup>774</sup> F. TULKENS, « Controverse sur l’autonomie personnelle et la liberté du consentement », art. préc., spéc. p. 38.

<sup>775</sup> D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, op. cit., p. 31.

<sup>776</sup> En effet, les infractions relatives à la prostitution se trouvent au sein du Chapitre V « Des atteintes à la dignité de la personne ».

<sup>777</sup> B. LAVAUD-LEGENDE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », art. préc.

dignité semble être « un faux nez de la morale quand elle est invoquée pour limiter le droit, positif, de disposer de son corps »<sup>778</sup>.

**203. L'indignité ou l'immoralité de la prostitution.** À cet égard, le racolage offrait une vision très concrète de l'usage de la dignité humaine à des fins morales. En effet, le texte se référait à un racolage commis *publiquement*. Si la valeur protégée par l'infraction était réellement une atteinte à la dignité, comment expliquer ce critère de publicité ? Si, comme l'indiquait le plan du Code pénal, l'incrimination du racolage protégeait la dignité de la personne racolée, le caractère public ou privé de la proposition n'aurait aucune influence concrète, l'atteinte serait caractérisée dans tous les cas<sup>779</sup>. La prostitution heurterait la dignité, peu importe son mode d'exercice. Ainsi, le racolage ne portait pas exclusivement atteinte à la dignité de la personne humaine, mais également à la moralité publique qui interdit la manifestation de relations sexuelles monnayables.

Actuellement, la pénalisation de tout ce qui entoure la prostitution, indépendamment de la volonté des prostitués eux-mêmes, relève de cette même logique de dissimulation. La dignité intervient pour éviter que l'aspect moral de l'infraction ne soit trop facilement perceptible. Les travaux parlementaires évoquent la dignité, l'intégrité ou encore l'égalité des sexes, mais jamais n'apparaît la liberté sexuelle ou l'autonomie personnelle<sup>780</sup>. Cette notion réactualise une conception morale de la sexualité, dont le spectre ne cesse d'influencer les incriminations. Cette valeur s'oppose à la neutralité de l'État et recrée une dynamique téléologique : l'État remplace le Créateur, telle une instance supérieure sachant mieux que nous-même ce qui est digne ou indigne. L'Homme serait en quelque sorte usufruitier de sa vie, dont le nu propriétaire serait l'humanité tout entière<sup>781</sup> dans ce qu'elle a de plus parfaite ; finalement, une humanité déshumanisée.

En définitive, le choix des masques utilisés par le législateur n'est pas sans conséquence. En effet, la minorité ou la dignité sont des valeurs sociales protégées particulièrement puissantes. Par l'usage de ces fondements, il s'agira de démontrer que, contrairement aux autres infractions

---

<sup>778</sup> J.-P. MARGUENAUD, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », art. préc., p. 19 s., spéc. p. 27.

<sup>779</sup> B. LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », art. préc., spéc. p. 68 s.

<sup>780</sup> Sur la dangerosité des valeurs sociales protégées, voir *infra* n° 385 s. ; sur l'autonomie personnelle voir notamment R. PARIZOT, « L'autonomie personnelle, nouvelle valeur sociale protégée par le droit pénal ? », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 71 s.

<sup>781</sup> D. BORRILLO, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », art. préc., spéc. p. 46.

sexuelles, celles fondées sur les mœurs échappent à tout consentement, nient toute liberté personnelle, notamment grâce à l’indisponibilité de ces différents masques.

## **B. Des fondements écrasants**

**204. Des dissimulations efficaces.** Les fondements privilégiés pour protéger les infractions fondées sur les mœurs sont, de toute évidence, particulièrement efficaces. En effet, qu’il s’agisse de la dignité ou de la préservation de la minorité, ces biens juridiques sont indisponibles. Ils ne sont pas laissés à la disposition des individus et s’imposent à eux de façon absolue, quand bien même ces comportements concerneraient uniquement leur vie sexuelle. Il s’agira de revenir sur les effets de l’indisponibilité (1) avant de s’interroger sur le fait de savoir pourquoi la majorité, voire la totalité des infractions sexuelles fondées sur les mœurs relèvent de fondements indisponibles. S’agit-il d’un choix naturel ou d’un choix culturel (2) ?

### *1. Les effets de l’indisponibilité*

**205. La notion de valeur sociale protégée.** L’étude des stratagèmes mis en place par le législateur implique de s’interroger sur la notion de bien juridique protégé<sup>782</sup>, dont la disponibilité ou l’indisponibilité sous-tend la place du consentement et de la liberté personnelle<sup>783</sup>. Une valeur sociale protégée est une réalité sociale que le législateur a souhaité protéger par le droit<sup>784</sup>. La *ratio legis* est « la raison de l’intervention du législateur [...]. À la fois fondement et moteur de l’incrimination, la *ratio legis* en fixe donc toute la portée, puisqu’elle permet de dresser les ultimes frontières de la répression, et de tracer ainsi le seuil de rupture entre ce qui est punissable et ce qui ne l’est pas »<sup>785</sup>. Les biens juridiques protégés sont choisis avec soin par le législateur puisqu’il n’en consacre que certains. Selon M. LACAZE, une fois consacrés, ils deviennent alors des biens « juridico-pénaux », c’est-à-dire, des valeurs sociales<sup>786</sup>. Leur existence dépend donc de leur consécration législative. Il est possible de

---

<sup>782</sup> Voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2011 ; J. WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Thèse, Nancy 2, 2003 ; P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON, *L’empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, *op. cit.*

<sup>783</sup> X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 76 s.

<sup>784</sup> Cette conception est établie notamment par VON LISZT. Pour une présentation détaillée de la théorie de l’auteur voir M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 54 s. ; J. WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*

<sup>785</sup> Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s., spéc. p. 599.

<sup>786</sup> M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, p. 306 s.



connaître la valeur sociale protégée de telle ou telle infraction en remontant le long du Code pénal pour atteindre le titre de la section ou du chapitre où celles-ci sont situées. L'emplacement des incriminations paraît donc déterminant. Si certains auteurs estiment que le Code pénal est insuffisant à l'identification des valeurs sociales protégées, soulignant la nécessité de prendre en compte d'autres paramètres tels que les éléments constitutifs de l'infraction ou les travaux parlementaires<sup>787</sup>, il semble que cette conception soit dangereuse en ce qu'elle dispense le législateur de toute responsabilité quant au choix de l'emplacement de l'infraction et des conséquences qui en découlent. En effet, le législateur élit la valeur sociale qui lui semble la plus juste lorsqu'il décide de l'emplacement d'une infraction et ce choix n'est pas sans répercussion.

**206. La justification de la pénalisation des mauvaises mœurs par quelques valeurs sociales protégées.** Concernant les infractions fondées sur les mœurs, les fondements qui leur sont attribués gravitent autour de deux biens juridiques protégés. À quelques exceptions près<sup>788</sup>, selon le Code pénal, les infractions fondées exclusivement sur les mœurs relèvent soit de la lutte contre la mise en péril des mineurs<sup>789</sup> soit de la protection de la dignité<sup>790</sup>. Il sera nécessaire de revenir sur la distinction entre les valeurs sociales disponibles et les valeurs indisponibles, avant d'interroger la raison d'une telle convergence. Précisons dès à présent que la notion d'indisponibilité ou de disponibilité des valeurs sociales se déduit des infractions qu'elles comportent, qui laissent ou ne laissent pas aux citoyens le droit d'en disposer librement.

**207. Les valeurs sociales indisponibles, ou la négation du consentement.** La norme pénale relève de l'ordre public et à ce titre, il semble invraisemblable de l'abandonner tout entière entre les mains des individus. En effet, les oscillations personnelles ne sauraient faire échec aux infractions car ces dernières ont pour objectif principal de protéger l'intérêt général<sup>791</sup>. Ainsi, la

---

<sup>787</sup> C. KUREK, *Le corps*, Thèse, Lyon, 2017, spéc. p. 38 et 86.

<sup>788</sup> Délit d'exhibition sexuelle (article 222-32 du Code pénal), messages contraires à la décence (article R. 624-2 du Code pénal) et les nouvelles qualifications de viol (article 222-23-1 du Code pénal) et de l'agression sexuelle (article 222-29-2 du Code pénal).

<sup>789</sup> Pédopornographie, atteintes sexuelles, propositions sexuelles...

<sup>790</sup> Client de la prostitution.

<sup>791</sup> X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc. L'auteur estime que c'est sur ce fondement, celui de l'intérêt général, que la Cour de cassation s'appuie en matière d'homicide sur demande (Cass. crim. 27 avril 1815 et Cass. crim. 16 novembre 1827), de suicide collectif (Cass. crim. 23 juin 1838, *Bull. crim.* n° 177) de duels (Cass. crim. 22 juin 1837) ainsi que dans l'affaire dite des « stérilisés de Bordeaux » (Cass. crim. 1<sup>er</sup> juillet 1937 ; *RSC* 1937 p. 680, note MAGNOL ; *D.* 1952, p. 53 s., note MAGNOL).

« vie humaine » offre une parfaite illustration de cette indisponibilité : impossible de consentir à être tué. Protégeant quelque chose qui leur est supérieur, la société, les individus ne sont pas en mesure de renoncer à ces valeurs. Toutefois, il arrive que le consentement soit pris en compte, lorsque ce dernier s’ajoute à l’autorisation qui émane de la loi ou d’une source réglementaire. Le consentement devient alors justificatif<sup>792</sup> et il permet certaines entorses à l’indisponibilité de ces valeurs sociales. Par exemple, certaines atteintes à la vie ou à l’intégrité physique sont parfois autorisées du fait de la volonté du législateur.

**208. La fin de vie pour exemple.** L’appréhension juridique de la fin de vie offre un exemple pertinent d’encadrement du consentement par le législateur. La loi du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie<sup>793</sup> et correspondant au régime actuellement en vigueur détermine le cadre au sein duquel le patient peut exercer son autonomie personnelle. Partant, lorsque le patient est en état d’exprimer sa volonté, il est nécessaire de distinguer deux hypothèses. En premier lieu, l’article L. 1111-4 du Code de la santé publique dispose qu’une personne peut décider « de refuser ou de ne pas recevoir un traitement », sans que le médecin soit tenu de tout mettre en œuvre pour le convaincre d’accepter les soins qu’il estime indispensables<sup>794</sup>. Néanmoins, il doit informer le patient des conséquences de ce choix et lui prodiguer des soins palliatifs. En second lieu, le refus de l’obstination déraisonnable est désormais un « droit fondamental et *sui generis* de la personne malade »<sup>795</sup>, en application de l’article L. 1110-5-1 alinéa 1<sup>er</sup> du Code de la santé publique, « lorsqu’ils apparaissent inutiles, disproportionnés ou lorsqu’ils n’ont d’autre effet que le seul maintien

---

<sup>792</sup> Terme emprunté à X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, spéc. p. 83 s. et 194 s. Pour une discussion autour du consentement, voir *infra* n° 389 s..

<sup>793</sup> Loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie, *JO* du 3 février 2016. Sur cette loi voir notamment M. BENEJAT-GUERLIN, « Droit pénal et fin de vie », *AJ Pénal* 2016, p. 522 s. ; J.-R. BINET, « Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *Droit de la famille*, octobre 2016, dossier n° 34 ; J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *RGDM* 2016, n° 59, p. 77 s. ; P. MISTRETTA, « De l’art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », *JCP G* 2016, n° 8, doctr. 240. Sur le sujet voir notamment C. KUREK, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Corps humain et bioéthique, octobre 2019.

<sup>794</sup> Article L. 1111-4 ancien du Code de la santé publique. Désormais, l’article dispose que « le médecin a l’obligation de respecter la volonté de la personne après l’avoir informée des conséquences de ses choix et de leur gravité ».

<sup>795</sup> P. MISTRETTA, « De l’art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », art. préc. Voir également J. LEONETTI, F. VIALLA et J.-B. THIBERT, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », art. préc. spéc. p. 100. Le Conseil d’État avait déjà qualifié le refus de l’obstination déraisonnable de droit fondamental à l’occasion de l’affaire Vincent Lambert, voir CE 26 juin 2014, n° 375081, n° 375090 et n° 375091, *Mme F...I...et autres* ; D. VIGNEAU, « L’affaire Vincent Lambert et le Conseil d’État », *D.* 2014, p. 1856 s.

artificiel de la vie »<sup>796</sup>. À cet égard, le patient a la possibilité de demander à ce que les soins soient suspendus ou qu'ils ne soient pas entrepris. Enfin, le patient en fin de vie et en état de manifester sa volonté peut exercer son droit à la sédation profonde et continue provoquant une altération de la conscience qui est maintenue jusqu'au décès<sup>797</sup>. Toutefois, les patients pouvant bénéficier de ce procédé sont limités à ceux en fin de vie et en souffrance car l'article le permet « lorsque le patient atteint d'une affection grave et incurable et dont le pronostic vital est engagé à court terme présente une souffrance réfractaire aux traitements » ou « lorsque la décision du patient atteint d'une affection grave et incurable d'arrêter un traitement engage son pronostic vital à court terme et est susceptible d'entraîner une souffrance insupportable »<sup>798</sup>. Ainsi, la possibilité de consentir à sa mort est particulièrement encadrée. Le consentement ne devient efficace qu'au regard de cette autorisation légale qui en fixe les limites. Son effectivité n'existe que grâce au soutien de la loi. Le consentement est alors justificatif.

**209. Les valeurs sociales disponibles, ou la reconnaissance du consentement.** Il existe en parallèle des valeurs sociales dites *disponibles*, centrées autour de l'individu. Les incriminations contenues au sein de ces biens juridiques disponibles protègent, directement ou indirectement, l'autonomie ou la volonté de la victime. Par conséquent, ces incriminations sont tributaires des individus puisque l'accord des protagonistes fera échec à la constitution de l'infraction. La place du consentement relève ainsi du droit pénal spécial et son existence « n'a pas pour effet de justifier la violation de la norme pénale mais d'empêcher la constitution de l'infraction »<sup>799</sup>. Il ne s'agit pas d'un consentement justificatif, mais d'un consentement exclusif<sup>800</sup>.

À cet égard, il est intéressant de citer comme valeur sociale disponible la propriété, la vie privée ou encore l'honneur<sup>801</sup>. Les infractions issues de ces valeurs sociales ne reposent que sur l'absence de consentement. Comme précisé plus avant, il ne peut y avoir de vol<sup>802</sup> si celui-ci est consenti. Tel est également le cas concernant la séquestration<sup>803</sup> ou la captation d'images, de

---

<sup>796</sup> « Les traitements inutiles sont ceux qui n'apportent aucune amélioration à l'état patient, qu'il s'agisse de sa guérison ou de son bien-être. Leur caractère disproportionné s'apprécie quant à lui au regard des risques ou des effets nocifs qu'ils présentent par rapport au bénéfice thérapeutique escompté », P. MISTRETTA, « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », art. préc.

<sup>797</sup> Article L. 1110-5-2 du Code de la santé publique.

<sup>798</sup> Article L. 1110-5-2 1° et 2° du Code de la santé publique.

<sup>799</sup> M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., p. 122.

<sup>800</sup> Terme emprunté à X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., voir notamment p. 149 s.

<sup>801</sup> X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 116 s. ; X. PIN, « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 586 s.

<sup>802</sup> Article 311-1 du Code pénal.

<sup>803</sup> Article 224-1 du Code pénal.

paroles ou la localisation en temps réel ou différé<sup>804</sup>... Ces infractions se fondent tout entières sur l'absence de consentement de la potentielle victime car il est nécessaire que les faits soient perçus comme une atteinte par l'individu concerné pour que l'infraction soit constituée. Dans ces différents cas, l'ordre public ne sera troublé qu'en raison de l'ignorance du consentement de la victime. À la libre disposition des individus, ces incriminations offrent une place essentielle au consentement, puisqu'en l'occurrence celui-ci fait disparaître l'élément matériel de ces infractions. Il est permis de constater que les infractions sexuelles classiques (viol et agressions sexuelles en leur sens originel) dépendent de valeurs sociales disponibles. En effet, les infractions sexuelles *stricto sensu*<sup>805</sup> protègent l'intégrité physique et psychologique. Elles témoignent d'une logique consensualiste et dépendent donc de la liberté personnelle des individus<sup>806</sup>.

**210. Une liberté délibérément occultée par la moralité.** Concernant les infractions fondées sur les mœurs<sup>807</sup>, toutes relèvent de valeurs sociales indisponibles. Ces infractions ne sont pas édifiées sur l'absence de consentement. Au contraire, elles persistent même en présence d'un consentement. En effet, l'atteinte sexuelle est constituée en dépit du consentement du mineur. Il en est de même concernant la pénalisation des clients des travailleurs et travailleuses du sexe. Le viol et l'agression sexuelle sur mineur de quinze ans ne s'embarrassent pas non plus du consentement. Ces nouvelles définitions viennent progressivement jeter le flou sur l'intégrité physique qui oscille, au fil des incriminations, entre disponibilité et indisponibilité<sup>808</sup>. Pour reprendre les termes du G. CORNU, « le corps d'un individu mérite d'être protégé contre les maux abusifs que cet individu s'infligerait lui-même, ou consentirait sur lui-même »<sup>809</sup>. Selon le Code pénal, il n'est pas permis de consentir à des comportements humiliants ou dégradants, notamment parce qu'un individu sain d'esprit ne saurait consentir à être humilié ou dégradé. De même, le mineur n'est pas en mesure de consentir de façon éclairée, du fait de son jeune âge<sup>810</sup>.

---

<sup>804</sup> Article 226-1 du Code pénal.

<sup>805</sup> C. COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », art. préc.

<sup>806</sup> Certains auteurs affirment que le viol et l'agression sexuelle portent atteinte à la liberté sexuelle. Or il ne s'agit pas là d'une valeur sociale protégée expressément consacrée par le législateur. L'étude des valeurs sociales disponibles nécessite de se fonder sur ce que le législateur prévoit et non sur une appréciation subjective et personnelle de la valeur en jeu selon son propre ressenti. Voir notamment X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 116 s. ; C. KUREK, *Le corps*, op. cit., spéc. p. 350 ; A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 647 s. ;

<sup>807</sup> Voir *supra* n° 177 s.

<sup>808</sup> Voir *infra* n° 386 s.

<sup>809</sup> G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, LGDJ, 13<sup>ème</sup> édition, 2007, p. 48.

<sup>810</sup> Sur l'intérêt de limiter l'acceptation du consentement du mineur et la façon idoine de le faire, voir *infra* n° 410 s.

Aucune de ces infractions n'est à la disposition du ou des individus qu'elle concerne. La dignité et la protection des mineurs font échec à l'autonomie personnelle. La plus efficace de protéger et propager les bonnes mœurs est de les imposer. En optant pour des masques indisponibles, le législateur se dote de toutes les armes en sa possession pour garantir la protection de la bonne sexualité. Ce choix est percutant car il atteste du caractère sacré de la sexualité. Rien ne peut y déroger. La valeur expressive<sup>811</sup> du droit pénal atteint son paroxysme. Dissimuler l'aspect moral de ces infractions derrière le mineur ou la dignité ne suffit pas, il faut aussi attester du caractère indisponible de ces valeurs.

En conséquence, les mœurs suscitent des infractions indisponibles afin de sanctionner toute sexualité considérée comme déviante sans s'attacher au consentement ou à l'absence de victime. Dans une certaine mesure, la disponibilité ou l'indisponibilité des infractions dépend de la volonté discrétionnaire du législateur, lui-même sous l'influence des mœurs<sup>812</sup>. Victime et vecteur, ce dernier est soumis autant qu'il soumet les individus au respect de la morale relative. Rien n'impose de façon naturelle le caractère des valeurs sociales protégées. Preuve de cette relativité, l'évolution des mœurs engendre parfois une modification de la force obligatoire de certains biens juridiques, de certaines valeurs sociales, notamment l'intégrité physique<sup>813</sup>.

## *2. Le choix de l'indisponibilité*

**211. Une influence évolutive.** L'interférence entre la volonté de protéger les mœurs et le choix de l'indisponibilité des valeurs sociales protégées se vérifie par un raisonnement *a contrario*. En effet, l'évolution des mœurs engendre parfois un glissement du bien juridique protégé vers davantage de disponibilité, ou inversement. Sous l'influence de la morale, le bien juridique accorde davantage de place à l'autonomie personnelle ou, au contraire, restreint son rayonnement. Manifestant la facticité de la distinction entre disponibilité et indisponibilité<sup>814</sup>, l'intégrité physique témoigne parfaitement de l'influence des mœurs sur cette conception. Il serait illusoire de croire que les valeurs sociales se distinguent de façon hermétique entre valeur disponible et valeur indisponible. L'évolution des mœurs influence la force associée par le législateur à une valeur sociale protégée, soulignant ainsi la relativité de cette appréhension.

---

<sup>811</sup> Voir *infra* n° 224 s.

<sup>812</sup> Voir *infra* n° 386 s.

<sup>813</sup> Sur les conséquences de cette relativité voir *infra* n° 386 s.

<sup>814</sup> *Ibidem*.

En effet, l’influence des coutumes et des pratiques se fait parfaitement ressentir concernant la perception de l’intégrité physique. Prenons pour exemple les piercings ou la chirurgie esthétique. Ces derniers portent évidemment atteinte à l’intégrité corporelle et ne sont justifiés que par une volonté esthétique. Or, il est impossible d’imaginer poursuivre le perceur ou le chirurgien<sup>815</sup>. Certains affirment que le consentement est ici reconnu du fait de son appui par le corps social et de l’évolution des mœurs<sup>816</sup>. Un procédé similaire se retrouve en Allemagne, qui, tout en reconnaissant le consentement en tant que fait justificatif, pose comme unique limite l’atteinte aux bonnes mœurs<sup>817</sup>. Lorsque les mentalités évoluent, les valeurs sociales changent aussi car le législateur autorise certaines atteintes par la voie législative ou réglementaire. De fait, la justification de l’atteinte à l’intégrité physique laisse entrevoir le caractère partiellement et progressivement disponible du bien juridique.

**212. La disponibilité, au service des mœurs.** Grâce à la fameuse décision de la Cour européenne des droits de l’homme, *K.A. et A.D. c/ Belgique*<sup>818</sup>, l’intégrité physique semble poursuivre cette évolution<sup>819</sup>. En effet, au regard de cet arrêt, l’intégrité physique en tant que bien juridique est disponible puisque la Cour laisse sous-entendre que les protagonistes pourraient légitimement user de la violence dans le cadre d’une relation sexuelle, si elle est souhaitée par tous. Attestant de cette disponibilité, la Cour affirme que la seule limite « est celle du respect de la volonté de la victime de ces pratiques »<sup>820</sup>, unique « raison particulièrement grave »<sup>821</sup> que la Cour évoque pour justifier l’ingérence de l’État dans des pratiques sexuelles. Ainsi, le consentement est valorisé à travers l’affirmation de l’autonomie personnelle. La CEDH refuse d’user de la protection de la moralité, pourtant considérée par le second paragraphe de l’article 8 comme étant l’un des buts légitimant l’ingérence de l’État dans la vie privée. La préservation de la morale ne saurait justifier une atteinte à la liberté consensuelle contrairement

---

<sup>815</sup> X. PIN, « L’infraction juste », art. préc., spéc. p. 595.

<sup>816</sup> *Ibid*, p. 586 s.

<sup>817</sup> StGB, § 228 : « Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung der verletzten Person vornimmt, handelt nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten verstößt », (« Celui qui commet des blessures corporelles avec le consentement de la personne blessée, n’agit de manière illicite que si le fait, malgré le consentement, déroge aux bonnes mœurs ») ; Voir notamment X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand – Éléments pour une comparaison », *RSC* 2003, p. 259 s.

<sup>818</sup> CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* ; J.-P. MARGUENAUD, « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s. ; J.-P. MARGUENAUD, « La sexualité dans le droit européen des droits de l’Homme », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l’homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 25 s., spéc. p. 36 s. et 43 s.

<sup>819</sup> Pour davantage de précisions sur l’évolution de la jurisprudence européenne, voir *supra* n° 102.

<sup>820</sup> CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique*, § 85.

<sup>821</sup> *Ibid*, § 84.

à l'arrêt *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* en date du 19 février 1997<sup>822</sup>. L'arrêt *K.A et A.D* témoigne de l'évolution des mœurs en la matière. Les comportements sadomasochistes ne sont pas rejetés catégoriquement puisque la modification des mœurs sexuelles engendre, de façon particulièrement significative, une évolution dans la perception de la valeur sociale protégée. Il serait permis de consentir à être battu, au nom de la liberté sexuelle. Là où le droit refuse encore de reconnaître cette même liberté pour la prostitution ou l'atteinte sexuelle, celui-ci se voit contraint, sous l'impulsion de la CEDH, de la valoriser progressivement concernant des actes sadomasochistes<sup>823</sup>. Les mœurs permettent de faire évoluer les valeurs sociales. Disponible, puis indisponible, l'intégrité physique témoigne de l'influence de la morale sur son appréhension. Ce mouvement de va-et-vient est également perceptible lorsque l'on s'intéresse à l'influence des mentalités sur le droit en fin de vie. En atteste la résurgence régulière du débat<sup>824</sup> tendant à faire évoluer la législation, en reconnaissant plus amplement l'euthanasie, afin de répondre au souhait de la majorité des citoyens<sup>825</sup>. Progressivement, le droit se calque sur l'évolution des mœurs, au point de remettre en question des valeurs puissantes telles que la vie. Enfin, cette oscillation permet également d'intégrer au sein des atteintes à l'intégrité physique des infractions sexuelles indisponibles lorsqu'elles concernent un mineur<sup>826</sup>.

**213. Un choix discrétionnaire.** La scission entre valeurs disponibles et indisponibles laisse entrevoir ses limites. Pouvons-nous réellement affirmer que les valeurs sociales protégées se répartissent de façon binaire, entre disponibilité et indisponibilité ? Il appert en réalité que cette distinction témoigne d'une certaine relativité<sup>827</sup>. La distinction relève davantage de l'état actuel de la morale que d'un droit naturel et absolu. Le droit pénal doit sans cesse jongler avec les valeurs sociales qu'il entend protéger, n'hésitant pas à modifier une répartition qui semblait

---

<sup>822</sup> CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

<sup>823</sup> Dans les faits d'espèce, la Belgique n'a pas été condamnée en raison de l'absence de consentement de la victime, ayant crié « pitié » à plusieurs reprises, terme qui devait signifier l'arrêt de l'acte sexuel. Toutefois, précisons l'existence d'un arrêt de la cour d'appel de Grenoble en date du 11 mars 2009, ayant condamné un individu pour violences aggravées, car ce dernier avait violenté sa compagne à l'occasion de tournage d'un film sadomasochiste en la pendant par les mains et les pieds, en lui faisant couler de la cire chaude sur le corps, en lui pinçant le sexe et les seins avec des pinces à linge et en la fouettant. Selon la cour d'appel : « la violence inhérente au tournage d'un film à caractère sadomasochiste ne pourrait être légitimée par le consentement de [la victime] et ne saurait exonérer [l'auteur] de toute poursuite ».

<sup>824</sup> Proposition de loi n° 185 du 27 septembre 2017 portant sur la fin de vie dans la dignité ; O. FALORNI, Rapport de l'Assemblée nationale n° 4042 du 1<sup>er</sup> avril 2021 sur la proposition de loi donnant le droit à une fin de vie libre et choisie.

<sup>825</sup> O. FALORNI, Rapport de l'Assemblée nationale n° 4042 du 1<sup>er</sup> avril 2021 sur la proposition de loi donnant le droit à une fin de vie libre et choisie : « en 2019, 96 % des Français étaient favorables à la légalisation de l'euthanasie ».

<sup>826</sup> Voir *supra* n° 197 s.

<sup>827</sup> Sur la nécessité de relativiser les valeurs sociales protégées, voir *infra* n° 386 s.

établie, afin d’intégrer la perception mouvante de la *bonne* et la *mauvaise* sexualité. Les valeurs ne sont pas figées. Rien ne permet d’affirmer que la vie sera toujours une valeur indisponible. Il en est de même pour les autres valeurs sociales protégées, telle que la dignité ou la protection des mineurs.

À la fois finalité et moyen, les mœurs influencent cette classification et cette classification influence les mœurs à son tour, en leur donnant un fondement. Le législateur, et parfois même le juge, usent de leur pouvoir discrétionnaire pour promouvoir le rayonnement de certaines valeurs sociales et, par là même, la sexualité qu’ils considèrent conforme aux bonnes mœurs.

**214. Conclusion de la Section 2.** L’étude des infractions sexuelles à travers le critère d’absence de victime matérielle ou ressentie a permis de mettre en lumière la persistance de l’influence des mœurs sur le droit pénal. En effet, la pénalisation de différents comportements sexuels prend racine dans une certaine notion de bien et de mal pour protéger la moralité, qu’elle soit publique ou privée. À cet égard, remonter à la *ratio legis* des incriminations peut s’avérer salvateur car cela permet de comprendre sous quelle forme la morale se dissimule actuellement dans le Code pénal. Partant, les fondements actuels de ces infractions sont similaires. La protection des mineurs et la protection de la dignité humaine sont les principaux outils que le législateur emploie pour justifier la pénalisation des mauvaises mœurs, permettant la répression d’infractions sexuelles sans victime. Ce choix n’a d’ailleurs rien d’étonnant car il s’agit de deux valeurs sociales indisponibles. Les infractions légalement contenues dans ces parties du Code ne sont pas tributaires de la volonté des individus, elles s’imposent en dépit de leur consentement. Ainsi, le législateur met à mal la disponibilité généralement reconnue en matière d’infractions sexuelles et persiste dans la pénalisation de l’immoralité, bien que dissimulée.

**215. Conclusion du Chapitre 2.** L’étude du droit positif dévoile une influence persistante des mœurs sur le droit pénal. Celle-ci est tout d’abord manifeste lorsque l’on s’intéresse au régime des infractions sexuelles. En effet, il est généralement reconnu que les auteurs des infractions sexuelles dans leur ensemble se voient appliquer un régime en tout point dérogatoire, outrepassant les limites du droit commun. Le temps, l’espace, le soin et la répression se transforment sous l’effet de la morale pour qu’aucun comportement n’échappe à la matière pénale. L’atteinte à l’ordre public s’ajoute aux blessures faites aux mœurs, induit un régime neuf. Par ailleurs, l’influence des mœurs sur le droit pénal appert dissimulée derrière la pénalisation de certaines incriminations, nécessitant d’établir des critères à même de la rendre



visible. À cet égard, l'absence de victime, matérielle ou ressentie dans la sphère intime est éclairante. La pénalisation absolue de comportements sexuels, par l'usage pernicieux des valeurs sociales protégées indisponibles, laisse transparaître l'empreinte dissimulée de la morale sur ces infractions. La prévention se mute rapidement en moralisation. De fait, cette étude a permis de montrer que, dissimulée ou manifeste, l'influence contemporaine des mœurs sur le droit pénal est en tout cas effective.

**216. Conclusion du Titre 1.** À l'évocation du lien entre les mœurs et le droit pénal, les réactions immédiates sont de deux ordres. La première consiste à se féliciter d'une émancipation du droit par rapport à la morale, se gargarisant de la reconnaissance d'une société plurielle, enrichie des différences de chacun. Progressivement, le droit s'est libéré de la morale. Les infractions fondées sur les mœurs ont disparu. La pénalisation de l'homosexualité et de l'adultère s'est évanouie. De même, le terme « mœurs » a déserté le Code pénal. En apparence, elles ne servent plus de fondement à la répression. Au contraire, c'est leur discrimination qui est aujourd'hui punie<sup>828</sup>. Le paradigme s'est inversé. Ainsi, les magistrats qui, face à la démission du législateur, étaient désignés pour déterminer la consistance des mœurs, ont finalement cherché à se prémunir contre tout reproche de subjectivité. Le recours aux experts a alors permis d'apposer le tampon de l'objectivité sur les décisions jurisprudentielles. L'histoire témoigne donc d'un affranchissement historique. Pourtant, au-delà de cette libération, une seconde réalité apparaît. Il s'agit d'un soupir fataliste qui estime que jamais l'homme ne pourra échapper à la morale de la société au sein de laquelle il évolue.

Ce second chapitre a eu pour objet de dépasser le premier automatisme, croyant naïvement à une libération, pour atteindre le second, révélant l'emprise contemporaine de la morale. Le droit pénal ne s'est pas affranchi de l'influence des mœurs sexuelles. Certes, ce dernier a manifesté de réelles avancées ; toutefois, l'émancipation ne fut que parcellaire. Aujourd'hui encore, le droit pénal se débat avec une certaine idée du bien et du mal qui, parfois, dépasse celle du juste et de l'injuste. La sexualité centralise les angoisses d'une époque et le droit pénal semble en être le reflet.

Sous couvert de protéger la minorité et la dignité de la personne humaine, le législateur s'engouffre dans la répression des infractions sexuelles sans victime<sup>829</sup>. Le consentement n'est plus d'aucun effet face à la morale bafouée. Derrière le spectre des valeurs protégées, l'individu

---

<sup>828</sup> Article 225-1 du Code pénal.

<sup>829</sup> Sur les raisons qui animent ces pénalisations, voir *infra* n° 220.

est oublié et le droit lui impose une certaine idée de la *bonne* sexualité. Par ailleurs, dépassant ces quelques incriminations, l’ensemble du régime applicable à l’ensemble des infractions sexuelles révèle l’influence de la morale sexuelle à laquelle rien ne résiste. Les règles de droit commun ne sont que de lointains souvenirs, de rayonnement des mœurs les ayant emporté loin du droit positif. L’espace et le temps ont été déformés pour englober le plus de comportements sexuellement déviants, et ce, le plus longtemps possible. Si l’exceptionnalité trouve parfois toute sa légitimité, il arrive que le législateur outre passe les limites du nécessaire.

Il a fallu démontrer, méthodiquement, l’existence et la persistance de cette influence sur les infractions sexuelles. Il est à présent nécessaire de révéler les raisons et les risques de cette interférence (**Titre 2**).



## **Titre 2 – L’emprise perverse des mœurs sur le droit pénal**

**217. Retour aux fondements de l’influence.** Constatant une influence des mœurs sur le droit pénal, il est à présent nécessaire d’interroger les causes et les effets d’une telle interférence. D’où émane cette emprise ? De quelle façon la loi pénale se retrouve emmêlée à la morale et pourquoi ? En punissant les comportements sexuels déviants et en ajustant le régime des infractions sexuelles aux préceptes moraux allant parfois plus loin que de raison, quel est l’objectif poursuivi ? Les fondements de cette influence semblent hétérogènes. De l’expression à la prévention, la loi pénale remplit une multitude d’autres fonctions que la simple répression. Le droit se transforme en instrument politique, destiné à normaliser les comportements immoraux. Si les diverses fonctions valorisées par la loi pénale ne sont pas propres aux infractions sexuelles et se rencontrent tout au long du Code pénal, l’utilisation du droit pénal expressif, préventif ou déclaratif n’en demeure pas moins particulièrement excessif en la matière.

**218. Manifestation des risques de l’influence.** L’utilisation *quasi*-pulsionnelle du droit pénal destiné à normaliser les individus dans leur intimité, s’avère particulièrement risquée. La matière est présentée comme étant capable de répondre à tous les maux de la société, y compris ceux qui blessent la morale ; mais à quel prix ? La normalisation par la norme engendre de nombreuses déconvenues. L’intégration de la morale au sein du droit ne se contente pas de heurter les lois. Elle écorche aussi les hommes. Blessant de toutes parts le principe de légalité, ce procédé va jusqu’à mettre en danger certaines libertés individuelles. Inefficace, parfois même contreproductive, la loi pénale s’égare au sein des finalités qui lui sont attribuées. Dangereuse pour le sens de la matière et pour les justiciables, l’influence des mœurs sur le droit pénal appert éminemment inquiétante.

**219. Annonce de plan.** Au-delà des causes disparates de l’influence (**Chapitre 1**), apparaissent les risques qui en émanent et contre lesquels il est nécessaire de se prémunir (**Chapitre 2**).



## Chapitre 1 – Les causes disparates de l'influence

**220. Le choix de l'influence.** L'emprise des mœurs sur le droit pénal est issue d'un choix, conscient et inconscient du législateur. En effet, à l'image d'un cercle de contagion, le législateur est influencé par les mœurs de son époque, avant de s'en servir pour influencer à son tour la population, notamment par l'usage du pouvoir normalisateur du droit pénal. Pour autant, tel un problème insoluble, il est difficile de savoir si la moralité influence en premier lieu le législateur ou la population. Est-ce le législateur qui tente de normaliser par la norme ou est-ce la norme, c'est-à-dire les citoyens, qui réclame davantage de normalité ? Il semble que les deux propositions soient acceptables et que ces dernières ne s'excluent pas l'une l'autre. Si le législateur détient nécessairement le pouvoir d'intégrer la morale au sein du droit pénal, l'opinion publique n'est pas étrangère à cette dilution de la pénalisation. Portées par les médias, les voix de la normalité incitent le législateur à agir parfois même en dépit du bon sens. Par ailleurs, la volonté de regrouper les citoyens sous une même morale transparaît aisément derrière l'utilisation du droit pénal. Menant une véritable croisade de normalité et de moralité, le législateur n'hésite pas à multiplier les fonctions de la loi pénale pour mener à bien cette épineuse quête d'uniformisation des consciences. Ainsi, la loi se révèle être une arme incontournable dans la lutte contre l'*anormalité*.

D'un côté, la matière pénale tente de normaliser les individus par l'institution de normes, c'est-à-dire de règles juridiques, destinées à limiter et encadrer certains agissements afin que ces derniers ne dépassent pas le cadre de la moralité. D'un autre, le droit pénal est utilisé en tant que réponse à la normalité, c'est-à-dire aux citoyens n'hésitant pas, en matière d'infractions sexuelles, à faire entendre leur voix.

**221. La notion de normalité.** À ce titre, l'emploi du terme *normalité* mérite une attention particulière. S'agit-il du mode de vie partagé par la majorité des citoyens ? S'agit-il d'une normalité transcendante visant à indiquer ce qui devrait être moral ? Rien de plus délicat que de définir cette notion, car elle comporte nécessairement une part de subjectivité qui ne contribue pas à affiner ses contours. Si la normalité sous-entend ce qui ne dérange pas, ce qui ne surprend guère, ce qui est conforme à l'habitude, difficile de déterminer avec davantage de

précision ce que la notion recouvre. Il est toutefois permis de concevoir un certain lien entre la normalité et la moralité, puisque ce qui est considéré moral dans une société se calque habituellement sur ce qui est normal, et inversement. Il s'agit d'une certaine notion de bien et de mal qui inspire la loi pour promouvoir quelques valeurs et entériner d'autres pratiques. La morale prétend reposer sur la normalité et, inversement, la normalité révèle nécessairement de la moralité. Ces deux notions ont donc tendance à se recouper. D. LOCHAK estime qu'« il va de soi que les comportements prescrits ou autorisés par la loi sont aussi, globalement, ceux qui, à une époque et dans une société données, sont considérés comme "normaux". Le droit positif n'est pas étranger à toute idée de normalité »<sup>830</sup>.

**222. Annonce de plan.** Il s'agira d'étudier la relation entre la norme juridique et la norme sociale. La norme juridique est utilisée pour formater la norme sociale, mais, dans un même temps, la norme juridique tend à servir de réponse à une norme sociale préexistente. Les deux aspects de la quête du législateur seront abordés. Ceux-ci fonctionnent en miroir. Tout d'abord, le législateur va chercher à imposer la normalité par la norme (**Section 1**) ; puis, il va tenter de répondre à la normalité, par la norme (**Section 2**).

---

<sup>830</sup> D. LOCHAK, « Droit normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 51 s.

## Section 1 – La recherche de la normalité par la norme

**223. Normalité inclusive et normalité exclusive.** Le droit pénal, dans sa globalité, et particulièrement lorsque celui-ci s'intéresse aux mœurs, tente d'unifier, de normaliser voire discipliner les citoyens. La matière juridique se représente le fantasme d'un peuple uni sous la même morale, partageant les mêmes principes et s'imposant les mêmes limites. Afin de retranscrire cet idéal, le droit pénal jongle avec les différentes fonctions de la loi pénale<sup>831</sup>. En effet, ses finalités peuvent être diverses, à la fois répressive, expressive, déclarative, pédagogique voire préventive ou thérapeutique. Conscient de cette érosion, le législateur n'hésite pas à aller et venir entre ces différentes fonctions afin d'atteindre son objectif de normalisation.

La matière pénale va principalement s'engager dans deux voies antinomiques. La première sera l'usage de la valeur expressive du droit pénal, afin de permettre l'expression d'une normalité capable de s'imprimer dans les esprits des citoyens. Les lois vont avoir pour objet d'inclure, de regrouper et de rassembler les citoyens au sein d'un même groupe, en s'appuyant sur une conception partagée de leur intimité. À l'inverse, l'utilisation de la loi pénale préventive va avoir pour effet d'éloigner et d'exclure les individus qui n'auraient pas intégré la morale imposée par la société. Finalement, l'usage de la loi préventive s'apparente à la manifestation de l'échec de la fonction expressive.

Si la valeur expressive du droit pénal (§ 1) ne suffit pas à normaliser les citoyens, la fonction préventive de la loi pénale tendra à les écarter de la société (§ 2).

### § 1 – La fonction expressive du droit pénal

**224. L'expression judiciaire d'un non-dit.** Afin d'imposer aux individus une certaine normalité, la norme pénale se charge dans un premier temps de l'exprimer. La fonction expressive du droit pénal n'est pas nouvelle. Il ne fait nul doute que celle-ci est liée à la matière

---

<sup>831</sup> X. PIN, *Droit pénal général*, 11<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 35 : « L'expression "loi pénale" doit être comprise comme désignant la règle ou la norme de droit pénal, qu'il s'agisse d'une loi au sens strict ou d'un règlement. Le titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> du Code pénal entend sous ce terme à la fois les normes qui comportent une incrimination et une peine (lois pénales de fonds) et les normes qui édictent des règles gouvernant la recherche des auteurs d'infractions, leur poursuite et leur jugement par les juridictions judiciaires (lois pénales de forme) ».



et s'impose en tant que fonction ontologique du droit pénal. Pour autant, concernant le domaine sexuel, la valeur expressive atteint son paroxysme. La pudeur face à l'intimité, le secret qui l'entoure ainsi que la multitude de non-dits, enjoignent le droit pénal à intervenir publiquement, afin d'exprimer certaines limites et tracer la frontière de la normalité. En 1976, Michel FOUCAULT déclarait : « plutôt qu'une société vouée à la répression du sexe, je verrai la nôtre vouée à son expression »<sup>832</sup>. L'usage expressif de la loi pénale semble donc providentiel dans ce domaine.

**225. L'exploitation d'un non-dit.** S'agissant d'un espace encore tabou, la sexualité semble être le lieu privilégié de l'expression. Si l'intimité est, selon le dictionnaire Robert, « ce qui est intérieur et secret »<sup>833</sup>, le droit pénal se charge d'exprimer les contours de la sexualité *normale*. Il est aisé de s'imposer dans un domaine tel que celui-ci, car si peu de personnes confrontent publiquement leurs fantasmes, alors le droit pénal n'éprouvera guère de difficulté à les convaincre de l'existence d'une *bonne* sexualité.

L'utilisation de l'arme expressive par le droit pénal n'a, *a priori*, rien d'étonnant. Elle se présente au contraire comme un choix opportun (A). De fait, le législateur va exploiter cette fonction, par la pénalisation de comportements particuliers, en vue d'inscrire dans les esprits l'existence d'une non-conformité sexuelle par rapport à ce qu'il estime être la normalité (B).

#### A. L'intérêt d'un droit pénal expressif

**226. Expression de la normalité.** Le droit pénal n'est pas seulement destiné à la répression. La matière est également porteuse de messages et, à ce titre, elle remplit une fonction communément appelée fonction expressive<sup>834</sup>. La loi pénale donne à voir certaines valeurs que la société protège en inscrivant entre ses lignes les comportements prohibés par la société, les comportements s'éloignant de la normalité et de la moralité. La fonction expressive du droit pénal est une fonction que l'on pourrait qualifier de naturelle, car le droit pénal n'est pas uniquement voué à gérer ce qui est, il se propose également d'exposer ce qui devrait être (1). En exprimant le permis et l'interdit, le droit pénal tente d'élever les individus et perfectionner

---

<sup>832</sup> M. FOUCAULT, « L'Occident et la vérité sur le sexe », *Le Monde*, 5 novembre 1976, p. 24 s.

<sup>833</sup> [www.lerobert.com](http://www.lerobert.com), v° intimité. [www.littre.org](http://www.littre.org), v° intimité : « Le fond caché de l'intérieur de l'homme ».

<sup>834</sup> CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RCS* 2004, p. 194 s. ; CH. LAZERGES, « À propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle*, 1995, n° 17, p. 7 s.

leur intimité afin de créer des êtres humains ayant parfaitement intégré des valeurs promues par la société (2).

### 1. Une fonction ontologique

**227. L'expression et la conception de l'infraction.** L'expression de certaines valeurs à travers l'érection de comportements en incriminations<sup>835</sup> ne fait aucun doute. Si cette fonction est rattachée par certains auteurs à une conception axiologique de la loi pénale<sup>836</sup>, car l'expression se logerait au creux des valeurs sociales protégées, le système légaliste n'est pas pour autant indifférent à la fonction expressive. Il est évident que selon la conception de l'infraction, la place des valeurs sociales protégées diffère. L'appréhension axiologique de l'infraction considère que la protection des valeurs sociales est à la source de l'incrimination, elle en est la cause. E. DARGENTAS affirme que le « premier élément de la norme pénale est un jugement axiologique sur les valeurs et intérêts. Le législateur pénal procède à ce jugement avant de commander de respecter les biens juridiques »<sup>837</sup>. À l'inverse, une conception légaliste revient à estimer que la protection de certaines valeurs est la conséquence de la pénalisation de comportements. Cause ou conséquence, qu'elle se fonde sur des valeurs ou qu'elle les suscite, l'infraction demeure intimement liée à celles-ci et à cet égard, elle les exprime.

**228. L'expression de valeurs.** Ainsi, la valeur expressive, sans être l'unique objectif de la loi pénale, fait partie de l'une des fonctions ontologiques de la matière. Le Code pénal exprime certaines interdictions sociales telles que les atteintes à la vie, à la propriété ou encore à la dignité de la personne humaine, destinées à informer les citoyens en affichant ce que l'État réproouve, et *a fortiori*, ce qu'il autorise. Comme le souligne justement D. LOCHAK « en indiquant le permis et le défendu, le possible et l'impossible, le souhaitable et le condamnable, [le droit pénal] retranscrit et en même temps diffuse et perpétue une certaine idée de ce qui est

---

<sup>835</sup> Le terme d'incrimination peut être défini comme une « mesure de politique criminelle consistant pour l'autorité compétente (en principe le pouvoir législatif), à ériger un comportement déterminé (non pas nécessairement en crime) mais en infraction, en déterminant les éléments constitutifs de celle-ci et la peine applicable », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 13<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 532. L'infraction quant à elle constitue « un comportement actif ou passif prohibé par la loi », G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 13<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 543. Voir également Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s.

<sup>836</sup> X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 s., spéc. p. 104.

<sup>837</sup> E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411 s., spéc. p. 415.

considéré comme normal à un moment donné »<sup>838</sup>. Effectivement, le droit pénal n'est pas étranger à une certaine idée de normalité puisqu'il évoque l'état des mœurs dans un temps et un lieu donnés. Réceptacle de données présentées comme objectives et incontestables, le droit pénal concourt à une forme d'uniformisation des individus par l'évocation du légal et de l'illégal.

La figure expressive de la loi pénale n'est pas récente et l'histoire de la matière révèle certains exemples symboliques de l'usage qui en est fait. À titre illustratif, jusqu'à l'entrée en vigueur d'une loi du 28 avril 1832<sup>839</sup>, l'auteur d'un parricide avait le poing coupé afin de répondre symboliquement à l'horreur de celui qui aurait levé la main sur son père. De même, récemment, le débat entourant la déchéance de nationalité concernant les auteurs d'infractions terroristes mettait en évidence l'usage du symbole par la matière pénale<sup>840</sup>. Toutefois, si ces deux exemples manifestent l'utilisation de la valeur expressive du droit pénal au niveau de la peine encourue, cela n'y est pas limité. La valeur expressive de la loi pénale se reflète également au sein des incriminations.

**229. L'expression des bonnes mœurs.** Il est indéniable que le droit pénal se destine à affirmer quels sont les interdits sociaux, notamment en matière sexuelle. Pour autant, lorsqu'il se fonde sur les mœurs pour ériger des comportements répréhensibles, la matière pénale tient un double discours. Derrière l'expression générale de la protection de l'intégrité physique et psychique, de la dignité ou des mineurs, le Code pénal exprime également quelles sont les bonnes mœurs. Il définit ce qu'est la bonne sexualité, la sexualité morale, normale et « domestiquée »<sup>841</sup>. Grâce à la multiplication des infractions sexuelles, la normalité tend à s'imprimer dans les esprits, s'infiltrer dans l'inconscient, afin que, jusque dans la sphère intime, le droit pénal résonne lorsqu'elle intervient malgré l'absence de victime. La matière se présente comme un discours référentiel, donnant les clefs d'une sexualité normalisée en vue d'une « standardisation des comportements sexuels »<sup>842</sup>. Transparaît alors une volonté d'uniformisation qui conduit à nier toute référence à un citoyen individualisé au profit d'un

---

<sup>838</sup> D. LOCHAK, « Droit normalité, normalisation », art. préc., spéc. p. 65.

<sup>839</sup> Loi du 28 avril 1832 contenant des modifications au Code pénal et au code d'instruction criminelle, *JO* du 20 août 1944.

<sup>840</sup> Ce débat avait émergé suite aux attentats de janvier et novembre 2015 à Paris.

<sup>841</sup> P. MISTRETTA, « Requiem pour la non pénalisation du recours à la prostitution », *JCP G* 2013, n° 42, 1063, p. 1874 s.

<sup>842</sup> C. COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Droit pénal*, février 2013, étude n° 5.

individu normalisé, « dépositaire d'une humanité abstraite idéalement présente dans tous les individus concrets »<sup>843</sup>.

Concernant les infractions sexuelles, il n'est pas rare de constater que la loi pénale repose parfois principalement sur sa fonction expressive. À titre d'exemple, si certains actes ne peuvent pas toujours faire l'objet de poursuites effectives, notamment pour des raisons probatoires, la fonction expressive de la loi pénale suffit à justifier l'existence de telles incriminations. À ce titre, l'ancien délit comme de racolage<sup>844</sup>, ou désormais la pénalisation des clients de la prostitution<sup>845</sup> ou l'outrage sexiste<sup>846</sup> sont des infractions qui ont davantage vocation à exprimer un interdit social qu'à être réprimées. Si ces comportements ne sont ni poursuivis ni condamnés, leur immoralité sera tout de même signifiée. Le droit pénal agit sur l'intimité collective en traçant les limites de la sexualité. « L'objectif de la loi n'est pas seulement de punir ou de dissuader par la menace de sanction, mais aussi de signifier publiquement que la société ne reconnaît pas les conduites incriminées comme normales ou légitimes »<sup>847</sup>. Partant, le législateur multiplie la pénalisation des comportements sexuels avec pour volonté d'exprimer leur anormalité<sup>848</sup>. La matière dépasse l'expression du légal pour rejoindre l'expression du normal.

De même, les infractions sexuelles sans victime se chargent d'exprimer la déviance morale sans s'enquérir d'un quelconque trouble à l'ordre public<sup>849</sup>. Dans ce cas, le droit punit avant tout l'immoralité. L'expression est à la source de la répression. Différentes infractions telles que la pédopornographie lorsque la présence du mineur n'est que virtuelle<sup>850</sup>, les propositions faites à une personne se présentant comme un mineur de quinze ans<sup>851</sup> ou encore la prostitution lorsqu'elle est consentie<sup>852</sup>, tracent une limite entre la sexualité acceptable et celle qui s'avère parfaitement immorale quand bien même il n'existerait aucune victime directe. Contrairement aux infractions sexuelles *stricto sensu* qui sanctionnent des atteintes effectives, tels que le viol

---

<sup>843</sup> B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, PUF, 2005, p. 105.

<sup>844</sup> Article 225-10-1 du Code pénal. Sur les difficultés d'application voir notamment B. PY, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Prostitution, proxénétisme, racolage, mai 2021, n° 46 s.

<sup>845</sup> Article 611-1 du Code pénal. La poursuite des clients de la prostitution s'appuie sur le monnayage d'une relation sexuelle. Cela implique donc que la rétribution de la relation sexuelle soit prise sur le fait.

<sup>846</sup> Article 621-1 du Code pénal. Afin de pénaliser l'outrage sexiste, les services d'enquête doivent constater en flagrance la commission d'un comportement répréhensible.

<sup>847</sup> D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 7 s., spéc. p. 26.

<sup>848</sup> Voir *infra* n° 303 s.

<sup>849</sup> Voir *supra* n° 177.

<sup>850</sup> Article 227-23 du Code pénal.

<sup>851</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>852</sup> Article 225-12-1 du Code pénal.

ou l'agression sexuelle dans leur acception originelle, ces incriminations ne reposent que sur l'expression de l'immoralité. Le droit pénal agit par l'exercice de sa fonction symbolique et détermine ce qui lui semble relever de la *bonne* sexualité.

**230. L'expression purificatrice.** Selon M. FOUCAULT, « à tant en parler, on ne chercherait au fond qu'à masquer le sexe »<sup>853</sup>, il s'agirait en quelque sorte d'un discours écran. D'une *catharsis*. Les mots purifient les mœurs. Il s'agit d'un « droit pénal-exorcisme »<sup>854</sup>. De fait, le monde apparaît tout à fait paradoxal, parfaitement tiraillé par des antinomies, puisque « la sexualité est désormais apparente, extériorisée, affichée, mais aussi dissimulée, masquée, occultée. Le sexe est devenu à la fois omniprésent et caché. Nous vivons une époque simultanément obsédée et frustrée »<sup>855</sup>. Le mauvais sexe est exprimé et réprimé encore et encore, jusqu'à atteindre une « overdose législative »<sup>856</sup>, espérant que la parole soit prophylactique et que la « loi délivre l'être de la confusion »<sup>857</sup>.

Pour autant, la présentation de ces valeurs et de ces interdits sociaux interroge. Existe-t-elle uniquement pour signifier la conception partagée par la majorité des citoyens et donc la conception normale de la sexualité ? S'agit-il d'un discours neutre, destiné à décrire une réalité ou s'agit-il d'un discours performatif ? Le droit pénal, en exprimant ce qui lui semble moral, notamment dans la sphère sexuelle, exprime-t-il ce qui est normal ou ce qui devrait l'être ? Au-delà de la volonté expressive, apparaît l'objectif perfectionniste de ces incriminations.

## *2. Une volonté perfectionniste*

**231. Expression d'une normalité ou expression d'un idéalisme.** La question de la normalité interroge. La valeur expressive de la loi pénale a-t-elle pour objet d'élever l'individu au-dessus de la normalité ou seulement de la lui faire rejoindre ? Idéal à atteindre ou simple retranscription de la majorité populaire, le droit pénal « brouille les cartes en donnant pour

---

<sup>853</sup> M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité I*, Gallimard, 1994, p. 71.

<sup>854</sup> M. DEMICHEL, « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, p. 213 s., spéc. p. 213.

<sup>855</sup> B. PY, « Le sexe et le Droit : un couple sulfureux », in N. DEFFAINS et B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 15 s., spéc. p. 27.

<sup>856</sup> F. DEBOVE, « L'overdose législative », *Droit pénal*, octobre 2004, étude n° 12.

<sup>857</sup> L. DALIGAND, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *Les petites affiches*, 3 mai 1995 n° 53, p. 56 s.

habituel et naturel ce qui relève d'un modèle idéal à atteindre »<sup>858</sup>. Ni réellement contemplateur, ni tout à fait normatif, le droit pénal se destine à exprimer un idéal tel que celui de l'homme mesuré, doté d'une certaine pudeur publique et exerçant une sexualité désirée avec une personne de condition similaire. La matière pénale exprime ce que la société attend des individus en tentant de présenter cela comme étant la normalité. Pourtant, la volonté expressive dépasse sa fonction de normalisation pour atteindre une fonction performative. Il ne s'agit pas seulement d'exprimer ce qui est normal, mais d'élever l'homme vers ce qui semble parfait. Aucune législation ne peut faire preuve d'une réelle et entière neutralité éthique. Aucune législation ne saurait s'extirper entièrement de cette morale relative qui semble, à un moment donné et dans un temps donné, s'imposer comme essentielle au maintien du lien social<sup>859</sup>. De fait, à travers les infractions, l'État se donne pour but de régénérer l'individu social, l'individu démocratique. En énonçant le permis et l'interdit, la norme acquiert une fonction directive dont la finalité essentielle est de diriger les hommes et leurs conduites vers la meilleure version d'eux-mêmes. La normalité se fond et se confond avec la moralité. La loi pénale se présente ainsi comme une balise, destinée à indiquer un chemin, mais surtout, le bon chemin, celui que les individus doivent suivre, toujours dans l'optique de les rendre meilleurs, c'est-à-dire, conformes à ce qu'une société idéale pourrait attendre d'eux.

**232. Un perfectionnement général.** Certaines infractions enjoignent à l'individu de faire preuve d'une humanité exemplaire. L'exemple de l'omission de porter secours à personne en péril<sup>860</sup> est intéressant car cette infraction est appréciée très strictement et conduit à exiger une humanité et une cohésion sociale élevée de la part de chaque citoyen, puisque le droit exige que tout soit mis en œuvre pour secourir l'individu en danger. De même, le droit pénal suppose une parfaite maîtrise de soi et de son environnement, comme en témoignent les conditions de la contrainte physique<sup>861</sup> ou de la légitime défense<sup>862</sup>. L'appréciation *in abstracto* et objective de la riposte pose une difficulté : celle de savoir s'il existe réellement un individu raisonnablement

---

<sup>858</sup> D. LOCHAK, « Droit normalité, normalisation », art. préc., spéc. p. 69.

<sup>859</sup> D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », art. préc., spéc. p. 37.

<sup>860</sup> Article 223-6 du Code pénal.

<sup>861</sup> La force majeure semble particulièrement réduite, en témoigne l'attendu de principe la Cour de cassation selon lequel : « La survenance d'une défaillance mécanique que, par sa nature même, le conducteur, à qui l'article L. 311-1 du Code de la route impose d'entretenir et de réparer son véhicule de façon à assurer la sécurité de tous les usagers de la route, a la possibilité de prévenir, par la vérification préalable de l'état dudit véhicule, avant d'en faire usage, ne suffit pas, à elle seule, à constituer une force majeure au sens de l'article 121-3, alinéa 5, du Code pénal », Cass. crim. 6 novembre 2013, n° 12-82.182, *Bull. crim.*, n° 215 ; *Droit pénal* 2014, comm. 24, obs. J.-H. ROBERT ; *AJP* 2014 p. 131, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

<sup>862</sup> Article 122-5 du Code pénal.

capable de répondre aux critères de nécessité et de proportionnalité dans une situation de danger imminent. N'est-il pas utopique d'exiger une telle maîtrise de la part d'une personne face à une situation de tension ? Le droit exige des citoyens des comportements exemplaires.

**233. Un perfectionnement de la sphère intime.** Concernant l'expression des bonnes mœurs, l'idée consiste à déceler ceux qui n'auraient pas encore intégré dans leurs schémas mentaux la normalité. M. FABRE-MAGNAN estime que cette fonction performative s'apparente à une fonction « anthropologique » destinée à une « humanisation »<sup>863</sup>. Grâce à l'usage de l'arme impérative, le droit tente de perfectionner l'être humain jusque dans sa vie sexuelle et intime, ou plutôt, à partir de sa vie sexuelle et intime. À ce titre, le droit pénal interdit la sexualisation de l'enfant ou la marchandisation de son corps<sup>864</sup>. Cela n'étonne guère car la sexualité est considérée comme étant le berceau de la normativité et de la régulation de la société<sup>865</sup>. C'est à partir d'elle, à partir de cette pulsion, que s'établit le contrôle des individus. En contrôlant la sphère privée, la sphère publique sera automatiquement régulée. En effet, « "l'anarchie sexuelle" [...] si paradisiaque qu'elle puisse sembler, est une source de conflits internes et de dangers externes pour toute collectivité d'êtres vivants »<sup>866</sup>. La concrétisation de cette volonté de perfectionner l'individu trouve tout son sens dans la pénalisation des mauvaises mœurs car elle atteint la source du contrôle, l'intimité la plus profonde. Par un effet de ricochet, améliorer l'intimité des individus conduirait à améliorer leur vie en communauté. Dès l'enfance, certaines infractions tentent de protéger et d'inscrire chez le mineur l'idée d'une certaine moralité. L'atteinte sexuelle<sup>867</sup> ou la pénalisation des messages dangereux<sup>868</sup> ont pour vocation de déceler l'immoralité de l'adulte mais également de modeler l'esprit du mineur, afin qu'à l'âge adulte ce dernier corresponde davantage à ce qu'exigent les bonnes mœurs. En protégeant le mineur de tout de ce qui pourrait lui donner des idées immorales, le droit pénal poursuit son objectif de normalisation dès le plus jeune âge. Il tend ainsi à atteindre ce dessein par un moyen détourné : la punition du majeur.

---

<sup>863</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle : Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31 s., spéc. p. 33.

<sup>864</sup> Voir *supra* n° 194.

<sup>865</sup> E. CARPANO et C. MOISAN, « Liberté sexuelle et droit européen », in C.-A. DUBREUIL (dir.), *Sexe & Droit*, LGDJ, 2014, p. 132 s.

<sup>866</sup> Avant propos, in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Éditions des archives contemporaines, 2019.

<sup>867</sup> Article 227-25 du Code pénal.

<sup>868</sup> Article 227-24 du Code pénal.

**234. Une fonction inclusive.** Dans une société pluraliste où dominent les droits subjectifs, les valeurs communes ne vont plus de soi et le droit pénal tâche de trouver le moyen de rétablir l'unité morale diluée. Celui-ci tente de recréer artificiellement des mœurs que les citoyens pourraient reprendre à leur compte. Au sein de notre société contemporaine, les individus se retrouvent confrontés à la relativité de toutes pensées tant ils sont exposés à une chose et son contraire. Alors, le droit propose de donner les clefs du bien et du mal auxquelles ils peuvent décider de se vouer<sup>869</sup>. Partant, D. SALAS estime à raison que « dans une société dominée par le pluralisme des valeurs, où les frontières de la réprobation morale sont relatives, celles du droit de punir ne peuvent que se durcir »<sup>870</sup>. Au-delà de la personne isolée, l'expression des mœurs permet de réunir les citoyens qui reconnaissent appartenir à une même morale et partager les mêmes mœurs. Elles fédèrent les individus autour de mêmes valeurs. En effet, l'expression des mœurs tend à imposer une moralité commune et partagée, sous laquelle les citoyens pourraient se regrouper. L'expression permet de susciter une réelle cohésion sociale. Elle se veut performative et fédératrice. Finalement, le droit tente d'éviter le relativisme moral, issu d'un libéralisme excessif, par l'expression de ces quelques valeurs et la volonté perfectionniste qui en découle<sup>871</sup>. Se concrétise alors l'idéologie selon laquelle les divergences des membres de la société s'unifient derrière une visée commune, permettant l'unité et la cohésion sociale par l'uniformisation<sup>872</sup>. L'expression de certaines valeurs issues d'une morale culturelle se présente comme le « ciment de l'édifice social »<sup>873</sup>.

Cette volonté flamboyante transparaît aisément au travers de certaines infractions sexuelles. La matière exploite ainsi la fonction expressive de la loi afin de modéliser les comportements intimes.

---

<sup>869</sup> Si la sexualité est au centre de nos propos, il n'en demeure pas moins que ce constat se retrouve dans d'autres domaines tels que l'euthanasie ou l'utilisation du cannabis.

<sup>870</sup> D. SALAS, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Hachette littérature, 2005, p. 227.

<sup>871</sup> P. SALIN, *N'ayez pas peur du libéralisme*, Odile Jacob, 2007, p. 30.

<sup>872</sup> B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 25.

<sup>873</sup> Selon PORTALIS : « Les bonnes mœurs sont le véritable ciment de l'édifice social. Tout ce qui les offense, offense la nature et les lois. Si l'on pouvait les blesser par des conventions, bientôt l'honnêteté publique ne serait plus qu'un vain nom et toutes les idées d'honneur, de vertu, de justice, seraient remplacées par les lâches combinaisons de l'intérêt personnel et par le calcul des vices » (Cité par B. LAVAUD-LEGENDRE, *Où sont passées les bonnes mœurs*, *op. cit.*, p. 5).



## **B. L'exploitation du droit pénal expressif**

**235. Usage de l'expression.** L'exploitation du droit pénal expressif se matérialise essentiellement à travers l'énonciation de certains rapprochements interdits. En effet, la loi pénale va signifier qu'il est impensable d'associer la sexualité et la minorité, ainsi que la sexualité et mercantilisme. Ces deux principaux rapprochements sont pointés du doigt par le droit pénal en tant qu'expression d'une non-conformité sexuelle (1). Par ailleurs, l'exploitation du droit pénal expressif atteint son *climax* en exprimant la non-conformité originelle, celle de l'inceste. En déposant le mot « inceste » au sein du Code pénal, le droit atteint le paroxysme de l'expression car, rien ne justifie cette infraction si ce n'est l'apparente nécessité de nommer l'innommable (2).

### *1. L'expression d'une non-conformité sexuelle*

**236. L'expression d'une sexualité morale.** L'utilisation du droit pénal expressif permet de dévoiler ce qu'est la non-conformité sexuelle dans notre société actuelle, laissant transparaître en filigrane la nature de la sexualité normée, c'est-à-dire les relations intimes normales. La normalité des relations va s'édifier en conformité avec la morale alors même que cette fusion est loin d'être évidente. En effet, il arrive que certains événements mettent en exergue une distorsion entre la normalité et la moralité. Comme le souligne J. LEONHARD, « le développement considérable des *sex-shops* et des films pornographiques a mis sur le devant de la scène publique ces pratiques sexuelles "taboues", désormais contemporaines et plus ou moins affranchies. Ainsi en est-il de l'homosexualité, de la zoophilie, des relations multiples, du transsexualisme ou encore des relations interraciales »<sup>874</sup>. De fait, la normalité ne se calque pas toujours sur la moralité, contrairement à ce que le droit tente de véhiculer. La réalité des préférences sexuelles n'est pas toujours en adéquation avec ce que la société présente comme étant normal et moral. Pour autant, le législateur persiste dans cette volonté de normalisation, car le tabou entourant la sexualité permet de créer facilement une cohésion superficielle. Il est aisé d'imposer aux citoyens un rejet public de certaines pratiques car personne ne saura si leur intimité et leurs fantasmes s'y conforment. Il suffira que ceux ayant un attrait pour une sexualité particulière ne l'expriment pas publiquement pour éviter l'opprobre social. En cela, la

---

<sup>874</sup> J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse, Nancy 2, 2011, p. 134.

normalisation par la norme s'avère efficace. En s'attardant sur la bonne sexualité, les mœurs s'imposent sans difficulté puisque les tabous emprisonnent les potentiels éléments de comparaison. La face cachée de la sexualité est favorable à cette normalisation.

**237. La minorité et la sexualité.** L'un des principaux interdits exprimé par le droit pénal se situe dans l'association minorité et sexualité. Par une pénalisation protéiforme, le législateur fait en sorte que la minorité soit absolument distinguée de la sexualité. L'interférence entre ces deux univers est tout à fait prohibée<sup>875</sup>. Cette distinction hermétique s'effectue parfois en dépit de l'accord du mineur, comme en témoigne l'atteinte sexuelle<sup>876</sup>, ou en dépit de sa présence matérielle, comme le souligne la représentation du mineur dans les œuvres pédopornographiques<sup>877</sup> ou les propositions sexuelles faites à une personne ne présentant comme un mineur de quinze ans<sup>878</sup>. L'expression de cet interdit se retrouve également au sein du régime dérogatoire qui entoure les auteurs d'infractions sexuelles sur mineur<sup>879</sup>. Il est anormal de sexualiser un mineur, il est anormal de fantasmer sur le corps d'un enfant. Peu importe l'existence ou non d'une victime individualisée. Le droit pénal exprime cet interdit par un signal fort, tendant à considérer comme monstrueux tous ceux qui associeraient minorité et sexualité. L'expression de cette déviance sexuelle permet de tracer des contours imperméables et impénétrables entre ces deux sphères. Dite et redite, déclinée sous toutes ses formes, cette non-conformité sexuelle ne saurait être ignorée par les citoyens. À cet égard, l'aspect expressif de la loi pénale et sa volonté cohésive semblent fonctionner. Les citoyens partagent visiblement le rejet de cette non-conformité sexuelle, puisque le prédateur sexuel est aujourd'hui décrit comme un monstre<sup>880</sup> ; le monstre étant celui qui surprend par sa non-conformité aux normes de la société. Ainsi, il est intéressant de constater que, concernant le lien entre minorité et sexualité, la norme juridique rejoint la norme sociale<sup>881</sup>.

---

<sup>875</sup> Voir *supra* n° 192 s.

<sup>876</sup> Article 227-25 du Code pénal.

<sup>877</sup> Article 227-23 du Code pénal.

<sup>878</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>879</sup> Voir *infra* n° 126 s.

<sup>880</sup> L'emploi de ce terme n'est pas sans rappeler les derniers mots du réquisitoire de Monsieur L. FREMIOT concernant Monsieur F. EVRARD, condamné pour l'enlèvement et le viol d'un mineur de cinq ans : « il faut que la bête meure » ; Documentaire C. PEHAU, F. PROVOST et F. BON, « cinq jours pour juger : procès d'un pédophile », 2010, 90 min.

<sup>881</sup> Heureusement, cela n'est pas toujours le cas. La norme juridique ne se calque par nécessairement sur la norme sociale. Ainsi, certains comportements sexuels peuvent sembler déviants sans pour autant être pénalement répréhensibles (Abasiophilie : attirance sexuelle envers les personnes à mobilité réduite, particulièrement celles utilisant des matériels orthopédiques ; Klismaphilie : pratique sexuelle consistant à administrer ou se faire administrer un liquide dans l'anus...).

**238. L'argent et la sexualité.** Au même titre que la minorité, la sexualité rémunérée est également considérée comme un interdit social<sup>882</sup>. Peu importe le consentement des protagonistes, le droit tente de faire valoir le fait que la sexualité ne se monnaie pas. Le corps ne se vend pas<sup>883</sup>. L'être humain n'est pas marchandable. Le droit pénal frappe du sceau de l'infamie celui qui aurait le malheur d'acheter une relation sexuelle car cela n'est pas conforme à la sexualité normale et normée<sup>884</sup>. De même, la personne prostituée apparaît comme une victime, inspirant mépris et pitié. Le droit atteste de cette réalité en ne pénalisant pas la personne qui se prostitue, victime de tout un mécanisme dont elle n'est que l'instrument. De fait, le droit pénal contribue à véhiculer une certaine image de la prostitution, faisant des personnes prostituées des êtres nécessairement fragiles, pris dans les griffes d'un amas d'individus qui ne vivraient que de leur situation. La matière pénale considère que la marchandisation d'une relation sexuelle serait irrémédiable et causerait nécessairement une atteinte à la dignité de la personne humaine<sup>885</sup>. Pour autant, le législateur n'associe pas cette activité à celle des masseurs, qui, dans une certaine mesure, marchandent également une partie de leur corps, à savoir leurs mains ; ni même aux mannequins qui réduisent leur profession à leur corps, n'hésitant pas à le malmener pour faire carrière<sup>886</sup>. Le caractère sacré de la sexualité et des parties intimes justifie ces pénalisations. Comme le précise B. PY, il existe un mouvement contemporain qui prétend affirmer que le sexe sans désir doit être prohibé, selon l'idée que « tous actes sexuels non désirés constituent une violence »<sup>887</sup>. Ignorant une réalité certaine, le droit pénal se débat pour rappeler quelle est la sexualité normale afin que chacun puisse la suivre. Si cette partie ne semble pas gagnée d'avance, le droit persiste en exprimant ce second interdit qui, rappelons le, n'est

---

<sup>882</sup> Voir *supra* n° 194.

<sup>883</sup> Article 16-7 du Code civil : « toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle ». Sur l'indisponibilité du corps voir notamment : S. LAVROFF, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain*, ANRT, 1998 ; M. GOBERT, « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 489 s.

<sup>884</sup> Article 611-1 du Code pénal. À l'inverse, l'individu qui vendrait son corps ne reçoit pas le même traitement. La personne qui se prostitue est davantage perçue comme une victime. Le droit pénal s'attache à punir la demande, considérant que l'offre n'en est que la conséquence.

<sup>885</sup> Rappelons que les infractions relatives à la prostitution et notamment au proxénétisme se situent dans le Livre II, Titre II, Chapitre V intitulé « Des atteintes à la dignité de la personne ».

<sup>886</sup> Ce qui différencie ces activités de nombreuses autres comme celles des cuisiniers ou des massons, c'est qu'ici le corps est à lui seul l'instrument de travail. Son exposition est immédiate. Il n'existe pas d'intermédiaire entre lui et les consommateurs.

<sup>887</sup> B. PY, « Les mots du sexe dans la loi pénale, Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », in A. DARSONVILLE et J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale et le sexe*, PU de Nancy, 2015, p. 45 s.

finalement qu'un interdit moral relayé par le domaine juridique : celui de l'association sexualité et argent<sup>888</sup>.

Ainsi, la matière pénale pose les limites d'une sexualité normale qui, sous l'effet du temps, évolue. Les mœurs ne sont pas éternelles. Avant 1982, l'homosexualité faisait partie des infractions aux retentissements expressifs, destinées à souligner la non-conformité de telles relations avec la moralité de la société contemporaine. Aujourd'hui, le droit pénal continue dans l'utilisation de cette fonction expressive pour imprimer dans les esprits la non-conformité de l'association mineurs et sexualité, argent et sexualité. Finalement, il semble que le désir sexuel ou le désir de procréer, entre majeurs, soient les seuls motifs légitimes. Au-delà de l'expression de ces relations sexuelles non conformes à la société contemporaine, le droit pénal s'attache depuis quelques années à exprimer également l'interdit fondamental en matière sexuelle : l'inceste.

## 2. L'expression d'une non-conformité originelle

**239. L'inceste, centre de gravité de la répression.** Fascinant la société, de SOPHOCLE à FREUD, l'inceste est considéré comme le berceau de la réprobation sociale, de la construction sociale. La société naîtrait avec la répression de l'inceste<sup>889</sup>. Selon C. LEVI-STRAUSS : « la prohibition de l'inceste n'est, ni purement d'origine culturelle, ni purement d'origine naturelle ; et elle n'est pas, non plus, un dosage d'éléments composites empruntés partiellement à la nature et partiellement à la culture. Elle constitue la démarche fondamentale grâce à laquelle, par laquelle, mais surtout en laquelle, s'accomplit le passage de la nature à la culture »<sup>890</sup>. Pourtant, bien que l'inceste suscite la « répulsion morale »<sup>891</sup> par excellence, le droit pénal n'en est pas moins resté indifférent durant un certain temps. L'immixtion chaotique de ce comportement au sein du Code pénal témoigne de la volonté manifeste de souligner l'atteinte aux mœurs. À cet égard, il est intéressant de constater que l'étymologie du terme *inceste* confirme parfaitement le

---

<sup>888</sup> Voir *supra* n° 194 ; voir également P. MISTRETTA, « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I, 100, n° 19 ; P. MISTRETTA, « Requiem pour la non-pénalisation du recours à la prostitution », art. préc. ; P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273 s.

<sup>889</sup> E. CARPANO et C. MOISAN, « Liberté sexuelle et droit européen », art. préc., p. 133 s.

<sup>890</sup> C. LEVI-STRAUSS, *Les Structures élémentaires de la parenté*, EHESS, 2017, p. 28.

<sup>891</sup> P. DE COMBLES de NAYVES, « loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions* 2012, p. 91 s, spéc. p. 91.

rayonnement moral de ce comportement dont la terminologie latine, *incestus*, signifie non chaste, impur, souillé.

**240. La difficile pénalisation de l'inceste.** 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 incestueux<sup>892</sup> avait pour principal objectif de remédier au silence juridique, par l'introduction de l'article 222-31-1 du Code pénal disposant que « 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 ascendant, 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 ». Grâce à cet article, le mot était posé. L'inceste venait d'être consacré<sup>893</sup>. Toutefois, cette création était principalement symbolique puisque les faits recouverts par cette qualification étaient déjà pris en compte en tant que circonstances aggravantes des infractions de viol ou d'agression sexuelle et les peines encourues demeuraient similaires<sup>894</sup>. Selon la doctrine, cette loi « était marquée d'une inutilité manifeste »<sup>895</sup>, « seul le terme "d'inceste" était pénalisé, rien de plus, rien de moins »<sup>896</sup>.

Cette consécration fut cependant de courte durée puisqu'un an et demi plus tard, le Conseil constitutionnel se prononça sur cet article. Le 16 septembre 2011<sup>897</sup>, les Sages déclaraient l'article 222-31-1 du Code pénal inconstitutionnel au regard de sa qualité rédactionnelle. Les juges constitutionnels ont estimé que le législateur « ne pouvait, sans méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme des membres de la famille ; que, par suite,

---

<sup>892</sup> Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO* du 9 février 2010.

<sup>893</sup> Cet article fut accueilli de façon modérée : PH. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 févr. 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 s. ; S. DETRAZ, « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.* 2010, n° 63, p. 10 s. ; TH. GARE, « Inceste : inscription au code pénal », *D.* 2009. p. 2830 s. ; D. GERMAIN, « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010, p. 599 s. ; A. LEPAGE, « Réflexions sur l'inscription de l'inceste dans le code pénal par la loi du 8 févr. 2010 », *JCP* 2010, n° 12, 335 ; M. REDON, « Délinquance sexuelle et autorité parentale : une réforme attendue », *AJ Pénal* 2006, p. 34 s.

<sup>894</sup> Article 222-24 du Code pénal.

<sup>895</sup> Y. MAYAUD, « L'inceste dans... l'illégalité », *RCS* 2011, p. 830 s., spéc. p. 830.

<sup>896</sup> O. BALDES, « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Droit pénal*, avril 2010, étude n° 7.

<sup>897</sup> Cons. const. 16 septembre 2011, DC QPC n° 2011-163 ; *D.* 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, TH. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. DOUCHY-OU DOT ; *AJ Pénal* 2011. 588, obs. C. PORTERON ; *Constitutions* 2012. 91, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; *RSC* 2011. 830, obs. Y. MAYAUD ; *ibid.* 2012. 131, obs. E. FORTIS ; *ibid.* 183, obs. J. DANET ; *ibid.* 221, obs. B. DE LAMY ; *RTD* civ. 2011. 752, obs. J. HAUSER.

sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre grief, la disposition contestée doit être déclarée contraire à la Constitution ». L'obscurité des termes employés ne pouvait laisser indifférent car la « famille » ne faisait entrevoir aucun contour strictement défini. Cloisonnée à une certaine appréciation de la légalité, le Conseil constitutionnel ne s'insurge pas de l'inutilité de la loi et rappelle même que le législateur dispose d'un pouvoir plein et entier quand il s'agit d'apprécier la nécessité d'une infraction. La décision affirme donc qu'il est « loisible au législateur d'instituer une qualification pénale particulière pour désigner les agissements incestueux »<sup>898</sup>. La jurisprudence du Conseil constitutionnel y est même favorable depuis un certain temps, puisque déjà en 1999<sup>899</sup> les Sages avaient estimé que la prohibition de l'inceste était une règle d'ordre public régissant le droit des personnes. Aussi, cet article fut censuré « non point sur le superflu de la qualification elle-même, mais sur son contenu, jugé trop incertain »<sup>900</sup>, quand bien même cette loi n'avait qu'une portée expressive. Partant, certains auteurs n'ont pas hésité à souligner l'intérêt d'une telle censure par le Conseil constitutionnel, relevant le fait que « l'inconstitutionnalité est intrinsèque à ce type de législation d'affichage »<sup>901</sup> ; mais l'espoir fut de courte durée puisque l'expression ne fut rayée que temporairement.

**241. *Bis repetita. L'inceste est mort. Vive l'inceste.*** Loin d'être vaincu, le législateur n'a pas hésité à retenter sa chance pour exprimer une nouvelle fois cet interdit fondamental. Prenant garde à utiliser une formule précise pour définir les contours de l'infraction, une liste limitative a été constituée afin de rétablir l'article 222-31-1 du Code pénal. La loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant<sup>902</sup>, modifiée par la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes<sup>903</sup>, a ainsi considéré que l'inceste se limitait aux viols et agressions sexuelles par un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce, mais également commis par « 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

---

<sup>898</sup> Cons. const. 16 septembre 2011, DC QPC n° 2011-163 ; *D.* 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, TH. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *ibid.* 2012. 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *AJ Pénal* 2011. 588, obs. C. PORTERON ; *Constitutions* 2012. 91, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; *RSC* 2011. 830, obs. Y. MAYAUD ; *ibid.* 2012. 131, obs. E. FORTIS ; *ibid.* 183, obs. J. DANET ; *ibid.* 221, obs. B. DE LAMY ; *RTD civ.* 2011. 752, obs. J. HAUSER.

<sup>899</sup> Cons. const. 9 novembre 1999, DC n° 99-419, *JO* du 16 novembre 1999 ; *D.* 2000. 424, obs. S. GARNERI ; *GAJF*, 5<sup>ème</sup> édition 2009, n° 20 ; *Droit de la famille*, n°12 ter, p. 46, obs. TH. REVET ; *Droit de la famille*, n° 12 ter, p. 25, obs. J.-P. MICHEL et J.-P. POULINQUEN.

<sup>900</sup> Y. MAYAUD, « L'inceste dans... l'illégalité », art. préc., spéc. p. 830.

<sup>901</sup> P. DE COMBLES DE NAYVES, « loi sur l'inceste : peut mieux faire », art. préc., spéc. p. 92.

<sup>902</sup> Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, *JO* du 15 mars 2016.

<sup>903</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018.

mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait »<sup>904</sup>. Le terme d'inceste se superposait donc à l'infraction, sans la modifier. L'enfant n'est plus au centre de l'incrimination, seule l'est la morale.

En 2021<sup>905</sup>, l'article 222-31-1 du Code pénal disparaît au profit de l'article 222-22-3 afin de permettre sa plus grande visibilité. Le périmètre de l'inceste est étendu aux grands oncles et grandes tantes<sup>906</sup>. « Cette nouvelle extension de l'inceste, qui avait été rejetée lors des travaux parlementaires de la loi du 14 mars 2016, manifeste une volonté de renforcer l'autonomie du concept pénal, en s'affranchissant, en présence de personnes unies par les liens du sang, de la conception civiliste »<sup>907</sup>. De plus, l'infraction gagne en autonomie. Si l'inceste peut se superposer à un viol ou une agression sexuelle établit par violence, menace, contrainte ou surprise, ces infractions sont également constituées dès lors que l'acte est « commis par un majeur sur la personne d'un mineur [ou commis sur l'auteur par le mineur], lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait »<sup>908</sup>. Il n'est plus nécessaire que l'absence de consentement soit démontrée. Il suffit que la relation incestueuse réunisse un mineur et un majeur pour que le viol et l'agression sexuelle soit démontrée.

**242. Le paroxysme de l'expression.** L'insertion de l'inceste dans le Code pénal témoigne d'une prévalence inouïe du symbole sur la répression, de l'expression sur la répression. Le dessein du législateur, concernant l'inceste, était seulement de le nommer. Loin de dissimuler cette fonction symbolique, certains auteurs estimaient que le droit avait pour objet de participer à la formation de la psyché et qu'ainsi les juristes devaient sortir de l'indifférence afin de mettre l'accent sur « l'Interdit de l'inceste comme principe élémentaire de toute vie sociale, [...] mais aussi en attestant de la valeur symbolique du droit depuis des décennies »<sup>909</sup>. Il s'agissait d'une « perspective essentiellement terminologique »<sup>910</sup> puisque les faits étaient déjà saisis par la

---

<sup>904</sup> Article 222-31-1 du Code pénal.

<sup>905</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>906</sup> Article 222-22-3 du Code pénal.

<sup>907</sup> S. PELLE, « Infractions sexuelles contre les mineurs : une sortie du droit commun, pour quelle efficacité ? », *D.* 2021, p. 1391 s., spéc. p. 1393.

<sup>908</sup> Article 222-23-2 du Code pénal (viol incestueux) ; article 222-29-3 du Code pénal (agression sexuelle incestueuse).

<sup>909</sup> R. CARIO, « Les rencontres restauratives en matière pénale : de la théorie à l'expérimentation des rendez-vous », *AJ Pénal* 2011, p. 294 s.

<sup>910</sup> PH. BONFILS, « Loi n° 2010-121 du 8 fév. 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 s.,

matière pénale et punis d'une peine similaire. Selon A. LEPAGE, cet article « postule une certaine forme de renoncement du droit pénal, résolu à abdiquer sa fonction répressive au profit du seul symbole »<sup>911</sup>. L'immixtion de cette infraction n'a eu d'autre effet que de nommer, d'exprimer ce qui était déjà puni. Son seul objectif a été d'affirmer, clairement, l'interdit fondamental par excellence, la blessure la plus profonde qu'il est permis de faire aux mœurs. Il ne s'agissait pas d'alourdir les peines mais d'alourdir l'infamie engendrée par un tel comportement. Créer l'étiquette d'inceste suffisait à remplir l'objectif que la loi visait, un objectif expressif. Les parlementaires ne s'en sont d'ailleurs pas cachés comme en témoignent leurs nombreux travaux. D. ROBILLIARD a ainsi déclaré que « la portée de cet amendement est essentiellement symbolique puisque, sauf erreur de ma part, il ne modifie ni les peines ni les incriminations. Le texte ne crée pas une nouvelle incrimination mais une qualification pénale de l'inceste. Il n'emporte pas de conséquences juridiques particulières, sinon d'introduire dans le Code pénal la notion d'inceste »<sup>912</sup>. De même M. AMIEL a estimé qu'« au-delà de l'aspect pénal, il s'agit de répondre à la représentation symbolique de l'inceste que se fait tout un chacun »<sup>913</sup>. En conséquence, l'usage de la fonction expressive de la loi pénale ne fait aucun doute<sup>914</sup>. Par la suite, le symbole s'est confirmé mais il s'est accompagné d'une répression accrue. La récente réforme<sup>915</sup> ne modifie pas ce fonctionnement expressif car la relation d'un mineur de dix-huit ans avec un membre de sa famille était déjà happée par l'atteinte sexuelle. Toutefois, cette loi a permis d'augmenter les peines encourues, en criminalisant la relation incestueuse consentie, en présence d'une pénétration, dès l'instant où celle-ci réunie un majeur ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 et un mineur<sup>916</sup>.

---

spéc. p. 462. L'auteur ajoute que « la loi nouvelle ne crée pas de nouvelle incrimination ni n'aggrave la répression. Elle se contente, finalement, de proposer une qualification venant se superposer aux qualifications et circonstances aggravantes existantes ».

<sup>911</sup> A. LEPAGE, « Le retour de la qualification d'incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Droit pénal*, mai 2016, étude n° 11.

<sup>912</sup> D. ROBILLIARD, Rapport de l'Assemblée nationale n° 2744 du 6 mai 2015 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, relative à la protection de l'enfant.

<sup>913</sup> M. AMIEL, Comptes rendus de la commission des affaires sociales, 7 octobre 2015.

<sup>914</sup> Plus récemment, la volonté d'inscrire le terme *fémicide* au sein du Code pénal ressuscite l'exploitation de la fonction expressive de la loi. Voir notamment K. GARCIA, « Peut-on imaginer une infraction de féminicide en France ? », *The Conversation*, 23 février 2017 ; P. JANUEL, « Féminicide : rapport de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale », *D.* 2020, p. 391 s. ; E. LERAY et E. MONSALVE, « Un crime de féminicide en France ? À propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté », *La Revue des droits de l'homme*, 10 février 2017 ; C. LE MAGUERESSE, « Faut-il qualifier pénalement le féminicide ? », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2019 ; voir *infra* n° 586.

<sup>915</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>916</sup> Article 222-23-2 du Code pénal.



Contrairement à certains auteurs qui affirment que « la fonction expressive du droit pénal et plus exactement du droit pénal spécial est aujourd'hui trop souvent oubliée par le législateur »<sup>917</sup>, il appert au contraire que l'usage expressif est déployé. Il ne cesse d'être exploité par la matière, devenue le réceptacle des préoccupations contemporaines. Pour autant, il ne s'agit pas de l'unique fonction exacerbée de la loi pénale, qui ne résiste pas à favoriser l'arme préventive lorsqu'il s'agit d'atteinte aux mœurs.

## **§ 2 – La fonction préventive du droit pénal**

**243. Une rafle d'immoralité.** Face à l'échec de la loi pénale expressive et son incapacité à formater la totalité de la population, le droit pénal s'est progressivement doté de ce que l'on pourrait appeler une fonction préventive. Grâce au développement de cette fonction, la matière pénale s'octroie la possibilité d'agir en amont et en aval d'un trouble à l'ordre public afin de prévenir toute manifestation d'immoralité. Les individus n'ayant pas intégré ce qu'est la normalité et la moralité par l'utilisation de la fonction expressive de la loi pénale, vont être écartés du reste de la population grâce à cette nouvelle arme. La multiplication des infractions obstacles et formelles et la pénalisation du risque<sup>918</sup> traversent le droit pénal de part en part. Cette fonction semble être en plein essor<sup>919</sup> et la justice contemporaine peut aisément être qualifiée de justice de précaution. Loin de se limiter aux infractions sexuelles, l'utilisation de la fonction préventive du droit pénal trouve ici un terrain d'application privilégié.

Si l'élargissement théorique de la loi pénale grâce au développement de la fonction préventive a pour objet l'éviction des individus anormaux **(A)**, cette fonction est largement exploitée par le droit pénal qui n'hésite pas à étirer la matière afin que l'individu dangereux soit saisi par la machine judiciaire le plus tôt possible pour en sortir le plus tard possible **(B)**.

---

<sup>917</sup> C. HARDOUIN-LE GOFF, « 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*, décembre 2020, étude n° 34.

<sup>918</sup> Article L. 4741-1 du Code du travail (non respect des règles de santé et de sécurité) Article 223-1 du Code pénal (risque causé à autrui) ; Article 450-1 du Code pénal (association de malfaiteurs) ; Article 421-2-1 du Code pénal (association de malfaiteur en vue de commettre des actes terroristes).

<sup>919</sup> L'étude de l'aspect préventif de la loi pénale ne se limite pas au rôle dissuasif que peut avoir la sanction. En effet, cette fonction « bien connue permettrait de prévenir l'infraction, en dissuadant celui qui songerait à la commettre, par la menace d'une sanction », J.-B. PERRIER, « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », *Revue de droit d'Assas*, février 2017, n° 13-14, p. 173 s.

### **A. L'opportunité d'un droit pénal préventif**

**244. Prévenir l'immoralité.** L'usage de la fonction expressive est nécessairement limité car « la menace de la peine n'apparaît efficace, en principe, que pour les catégories de personnes pour lesquelles elle n'est pas utile »<sup>920</sup>. Pour les personnes présentant une « attirance pour la déviance » l'efficacité de la menace semble faible<sup>921</sup>. Partant, un aspect préventif du droit pénal s'est développé et imposé. La matière pénale a étendu sa fonction répressive pour que celle-ci devienne préventive (1). À défaut d'avoir pu convaincre l'individu de la morale à intégrer, le droit pénal se voit ici contraint d'éloigner cette personne réfractaire du reste de la société. La volonté d'ostraciser apparaît comme le dernier recours efficace afin de protéger la société (2).

#### *1. Une fonction étirée*

**245. L'affirmation d'une justice préventive.** Face à la récidive, face à l'échec du traitement de la délinquance, face aux médias porteurs et révélateurs d'une opinion publique suspicieuse<sup>922</sup>, de nouveaux moyens ont été mis en place pour répondre à la délinquance. Les réformes se sont succédées et le couple *culpabilité/punition* a cédé devant celui de *dangerosité/neutralisation*. La répression, finalité classiquement attribuée à la matière pénale, s'est doublée d'une fonction préventive<sup>923</sup>. Loin de s'exclure, ces deux fonctions se complètent, voire se rejoignent. Les peines peuvent tout à fait remplir à la fois une fonction répressive et une fonction préventive, destinées à freiner ou empêcher l'accomplissement d'un acte indésirable. À ce titre, l'article 130-1 du Code pénal dispose qu'« afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Cette dualité n'est en somme pas nouvelle puisque déjà PORTALIS affirmait que « celui qui a le souci de punir intelligemment, ne frappe pas à cause du passé – car ce qui est fait est fait – mais en prévision

---

<sup>920</sup> G. KELLENS, *La mesure de la peine: précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Faculté de droit de Liège, 1982, p. 12.

<sup>921</sup> A. C. BERGHUIS, « La prévention générale : limites et possibilités », in *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruylant, 1989, p. 69 s., spéc. p. 93.

<sup>922</sup> Voir *infra* n° 258 s.

<sup>923</sup> A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal*, Thèse, Rennes 1, 2017, p. 63.

de l'avenir afin que ni le coupable, ni les témoins de sa punition ne soient tentés de recommencer »<sup>924</sup>.

Bien qu'ancienne, cette hybridation ne cesse de croître<sup>925</sup> et la matière pénale se déchire devant l'accumulation de ses fonctions. Traversant le droit pénal dans son ensemble, le châtement rencontre le traitement, la répression rencontre la prévention, à tel point que depuis quelques années, il est possible d'assister à la naissance de ce que l'on pourrait appeler une politique criminelle du doute. En dépit des règles traditionnelles et de la notion de culpabilité, la prévention de l'insécurité a entraîné une érosion des finalités de la peine. Sur le seul fondement d'une potentielle récidive ou d'une éventuelle réitération, la relation que devra entretenir l'individu avec la justice, pourra être prolongée sans limite temporelle. En effet, des infractions obstacles et formelles aux mesures de sûreté telles que la rétention de sûreté<sup>926</sup> ou la surveillance judiciaire<sup>927</sup>, tout est déployé pour prévenir la réalité d'une atteinte<sup>928</sup>. Le droit pénal agit de façon proactive dans une optique de prévention.

À ce titre, les infractions de nature sexuelle sont expressément visées par certaines de ces mesures, telles que les mesures de sûreté<sup>929</sup>. Ainsi, particulièrement en matière sexuelle, se développe une politique pénale préventive, dont la dangerosité s'avère être le pivot central et dont l'utilisation est destinée à servir d'arme en vue de protéger les bonnes mœurs par l'éloignement des mauvaises. La notion de danger est devenue le paradigme privilégié de la justice préventive. Les infractions sexuelles sont donc particulièrement révélatrices de ce phénomène d'hybridation car la crainte qu'elles suscitent justifie l'existence d'une justice de précaution.

**246. La notion opaque de dangerosité<sup>930</sup>.** La fonction préventive de la loi pénale prend racine dans l'existence d'une dangerosité chez l'individu. Pourtant, la dangerosité est une

---

<sup>924</sup> PORTALIS, 324 B, cité par M. LEPADATESCU, *Le fondement du droit de punir. Histoire des principaux systèmes proposés et esquisse d'une nouvelle théorie*, Thèse, Paris, 1933.

<sup>925</sup> Les mesures de sûreté intègrent toujours plus de comportements infractionnels à leur origine, voir *supra* n° 166 s.

<sup>926</sup> Articles 706-53-13 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>927</sup> Articles 723-29 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>928</sup> Voir *infra* n° 165 s.

<sup>929</sup> Chapitre II situé au sein du Titre XIX du Code pénal intitulé « De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes ».

<sup>930</sup> Sur l'histoire de la notion voir notamment M. KALUSZYNSKI, « Le retour de l'homme dangereux : Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal*, 2008, vol. 5, p. 17 s. Sur la notion en elle-même voir P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008 ; C. DEBUYST, « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) »,

notion particulièrement opaque, que certains qualifient d'ailleurs de « floue par excellence »<sup>931</sup>. L'idée étant séculaire, les termes ont évolué. La dangerosité fut précédée par la notion d'état dangereux, intégrée en criminologie grâce aux travaux de l'école positiviste. R. GAROFALO a été le promoteur du *tembilita*, sans équivalent français, mais pouvant se définir comme étant la « perversité constante et agissante du délinquant et la quantité de mal prévu qu'on peut redouter de sa part »<sup>932</sup>. L'auteur mesurait la dangerosité en fonction de l'adaptabilité, autrement dit, la « recherche de l'idoneité du coupable à la vie sociale dans les différents cas de délit »<sup>933</sup>. Toutefois, cette définition ne répond pas à l'objectivité que l'on pourrait attendre d'une notion devenue si imposante. Certains auteurs n'hésitent d'ailleurs pas à la qualifier de « mutante »<sup>934</sup>, de « protéiforme et complexe »<sup>935</sup>. En effet, que recouvre réellement la dangerosité ? S'il s'agit de la probabilité très élevée d'un risque de récidive, alors sur quels éléments concrets peut-on la fonder ? Quel lien entretient-elle avec la psychiatrie ? Les questions demeurent en suspens. Selon M. FOUCAULT, il s'agit d'« un individu dangereux, c'est à dire ni exactement malade, ni exactement criminel, que s'adresse cet ensemble institutionnel »<sup>936</sup>. La construction de cette phrase qui tente de définir le terme par l'emploi d'exclusions partielles est particulièrement révélatrice de la difficulté à définir l'individu dangereux. En ce sens, certains auteurs<sup>937</sup> estiment que les expertises destinées à évaluer la dangerosité d'une personne sont des impostures<sup>938</sup>. Ni tout à fait psychiatrique, ni tout à fait criminologique, la dangerosité se satisfait du doute.

Quoi qu'il en soit, l'idée de l'individu dangereux se fond et se confond parfaitement avec les auteurs d'infractions sexuelles. Ces délinquants représentent les individus dangereux par excellence car il est particulièrement délicat d'expliquer et comprendre leurs comportements sans avoir recours à la justification rassurante de l'existence d'un trouble mental. Ainsi, lors des débats précédant l'entrée en vigueur du suivi socio-judiciaire, E. GUIGOU, débutait son

---

*Déviance et société*, 1977, vol. 1, p. 363 s. ; C. DEBUYST, « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, 1984, vol. 17, p. 7 s. ; J. DOZOIS, M. LALONDE et J. POUPART (dir.), « La dangerosité, un débat à poursuivre », *Criminologie*, 1984, vol. 17, p. 3 s.

<sup>931</sup> J.-R. LECERF, Rapport d'information du Sénat n° 174 du 23 janvier 2008, sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, p. 11.

<sup>932</sup> R. GAROFALO, *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Felix Alcan, 1892, p. 310.

<sup>933</sup> *Ibid.*, p. 319.

<sup>934</sup> J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, 2008, vol. 5.

<sup>935</sup> J.-P. GARRAUD, Rapport de l'Assemblée nationale n° 4112 du 21 décembre 2011 sur le projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines.

<sup>936</sup> M. FOUCAULT, *Les anormaux, Cours au collège de France 1974-1975*, Gallimard, 1999, cité par M. DELMAS-MARTY, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010, p. 46.

<sup>937</sup> A. BOUIX et M. SHLAFFMANN-AMPRINO, « La rétention de sûreté dans le collimateur du Contrôleur général des lieux de privation de liberté », *La Revue des droits de l'homme*, mars 2014.

<sup>938</sup> Sur les expertises de dangerosité et les perspectives d'amélioration, voir *infra* n° 463 s.

intervention par une motivation paradoxale, puisqu'elle affirmait que « même s'ils sont jugés pénalement responsables de leurs actes, [les auteurs d'infractions sexuelles] souffrent dans la plupart des cas de troubles psychiques qui subsistent après l'exécution de leur peine et qui sont de nature à favoriser la réitération du passage à l'acte ». Si, « au-delà du prononcé d'une peine privative de liberté proportionnée à la gravité des faits commis », il convenait dans le premier projet de « faire en sorte que ces personnes puissent être astreintes à une obligation de soins pendant une durée suffisamment longue pour diminuer les risques de récidive », il appartenait dans le second projet de « faire en sorte que ces personnes puissent faire l'objet, à leur libération, de mesures de suivi destinées à prévenir la récidive et comportant, le cas échéant, une injonction de soins »<sup>939</sup>. L'existence d'une part de folie chez ces mis en cause résonne dans les juridictions, sans toutefois être totale car la sanction pénale doit tout de même être possible<sup>940</sup>.

En définitive, la crainte que représente l'auteur d'infraction sexuelle, aussi flou soit-elle, justifie l'intervention de la matière pénale. De fait, la notion de *danger* est devenue le paradigme privilégié de la justice préventive, particulièrement sensible aux infractions sexuelles. En dépit du principe de légalité, la dangerosité s'est imposée afin d'assouvir la volonté *ostracisante* qui anime la justice.

## 2. Une volonté d'ostraciser

**247. Une logique exclusive.** Concernant les infractions sexuelles, il semble que la fonction préventive du droit pénal ait été développée afin de répondre à un souhait de normalisation en vue d'exclure préventivement ceux qui ne s'y conformeraient pas. En saisissant les mauvaises mœurs dans leur totalité, la matière se charge d'écarter, physiquement ou par une stigmatisation, tous ce (et ceux) qui ne serai(en)t pas conforme(s) à l'idée que le législateur se fait des bonnes mœurs. Contrairement à l'utilisation de la fonction expressive, l'idée n'est plus de faire adhérer les individus à la morale collective, mais au contraire, d'écarter ceux qui ne la partagent pas. Cette volonté est animée par la défense de la société, fondement du droit de prévenir. En effet, généralement attribuée aux positivistes, cette démarche estime que la substance de la matière pénale n'est pas de punir l'individu pour sa faute, mais de préserver la société de l'état

---

<sup>939</sup> E. GUIGOU, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 202 du 3 septembre 1997 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles, ainsi qu'à la protection des mineurs.

<sup>940</sup> Sur la notion de soin relative aux auteurs d'infractions sexuelles, voir *supra* n° 165 ; Sur les possibilités d'amélioration, voir *infra* n° 462 s.

dangereux de cet individu<sup>941</sup>. À défaut de le changer, il est envisagé de l'écarter de la normalité à laquelle il n'adhère pas. Cette conception engendre une capacité punitive et préventive absolue pour que l'objectif de protection de la société soit atteint et que les mauvaises mœurs n'irradient pas les citoyens.

**248. L'arme préventive face aux mœurs.** Comme évoqué précédemment, la sexualité est considérée comme le berceau de la normativité<sup>942</sup>. À ce titre, toute déviance sexuelle s'avère particulièrement dangereuse. Si au niveau intime l'immoralité se fait ressentir, l'individu est nécessairement contaminé par cette immoralité puisqu'au fond de lui, dans la sphère la plus privée, l'atteinte aux mœurs résonne. De fait, les auteurs d'infractions sexuelles semblent largement soumis à ce souhait préventif. L'effet expressif de la loi pénale n'ayant eu aucun impact sur eux, le droit pénal se charge à présent de les écarter de la société. En quittant le statut de délinquant pour arborer celui de monstre, ces individus suscitent la crainte et l'angoisse, justifiant ainsi une prise en charge absolue afin de protéger les individus contre ceux qui manifesteraient une certaine déviance sexuelle<sup>943</sup>.

Aussi, le droit pénal tente de contrôler les individus dès la manifestation de leur fantasme pédophile par exemple, sans envisager une quelconque désistance ou rédemption<sup>944</sup>. La matière se détache des principes généraux du droit pour étouffer les mauvaises mœurs<sup>945</sup>. La multiplication des infractions obstacles ou formelles relatives aux infractions sexuelles met à mal les frontières originellement tracées par les règles de droit pénal général<sup>946</sup>. De plus, l'individu qui entrerait dans la délinquance par une atteinte aux mœurs n'aurait que très peu de chance d'en ressortir ne serait-ce qu'au regard de la durée des peines prononcées, du peu d'aménagement octroyé ou du fichage infini auquel il se destine<sup>947</sup>.

L'utilisation de la loi pénale préventive, quand bien même ses contours resteraient obscurs, manifeste une volonté d'ostracisation destinée à éloigner ces mauvais comportements de la société. L'ambivalence suscitée par cette délinquance, malade sans trop l'être, induit un

---

<sup>941</sup> J. PERRIN, *Les agressions et atteintes sexuelles en droit pénal français*, Thèse, Montpellier 1, 2012, p. 260.

<sup>942</sup> Voir *supra* n° 233.

<sup>943</sup> Voir *supra* n° 159 s.

<sup>944</sup> Voir *infra* n° 476 s.

<sup>945</sup> Sur les risques d'un tel usage de la loi pénale, voir *infra* n° 281 s ;

<sup>946</sup> Précisons que les infractions sexuelles ne sont pas les seules concernées par la multiplication des infractions formelles. En effet, les infractions terroristes ou routières sont également visées par cette prolifération. Toutefois, celles-ci tentent d'empêcher la réalisation d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, contrairement à certaines infractions sexuelles qui tendent essentiellement à faire respecter la morale. Voir *supra* n° 177 s.

<sup>947</sup> Voir *supra* n° 159 s.

traitement différencié, exorbitant, illustré notamment par l'usage de l'arme préventive destinée à protéger la société de ses membres déviants. Le droit pénal préventif est ainsi exploité de différentes façons par le législateur afin d'encercler les auteurs d'infractions sexuelles.

## **B. L'exploitation d'un droit pénal préventif**

**249. Une prévention duale.** L'exploitation du droit pénal préventif peut prendre deux formes qui, si elles transcendent la matière pénale, trouvent particulièrement à s'appliquer en matière d'infractions sexuelles. Tout d'abord, la prévention de la dangerosité peut se faire *a priori*. La pénalisation intervient avant la réalisation d'une quelconque manifestation matérielle. Le droit pénal surgit avant le dommage, de façon anticipée, avec excessivement de précautions. Le développement des infractions obstacles et des infractions formelles permet à la matière d'évincer l'individu dès le moindre signe d'anormalité et d'immoralité, sans possibilité d'interruption volontaire (1). Par ailleurs, la prévention de la dangerosité peut se réaliser *a posteriori*. Dans ce cas, l'acte infractionnel aura déjà été commis et la crainte résidera dans la récidive ou la réitération. Puisque le droit pénal a échoué à protéger la société, celui-ci se rassure en s'assurant que l'atteinte ne recommence pas. Ainsi, la prévention se fait postérieurement à la réalisation de l'acte en prévention d'un potentiel recommencement (2).

### *1. La prévention d'une dangerosité a priori*

**250. Une peine avant l'atteinte.** L'usage de la fonction préventive de la loi pénale peut s'effectuer *a priori*, c'est-à-dire avant la réalisation d'une atteinte effective, par l'utilisation d'infractions que l'on qualifie de formelles ou d'obstacles<sup>948</sup>. Le législateur incrimine le simple procédé ou la création d'un péril, afin de saisir le comportement dès sa source. Concernant les infractions sexuelles, l'objectif consiste à débusquer l'immoralité. Comme exposé, il s'agit de remonter au fondement de l'infraction en vue de saisir les mœurs déviantes avant qu'elles se propagent. Pressentant ou craignant le risque d'un passage à l'acte, le législateur agit par anticipation.

---

<sup>948</sup> B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 237 s. ; E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 2019, 5<sup>ème</sup> édition, p. 612 s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 251 s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 119 s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 381 s.

Ainsi, le droit pénal sanctionne le majeur qui sexualiserait le mineur par le visionnage d'images de synthèse pédopornographiques<sup>949</sup>, ou celui qui proposerait une relation sexuelle à un mineur ou une personne se présentant comme telle<sup>950</sup>. De même, si l'exhibitionniste a besoin d'un public, il n'est pas nécessaire que celui-ci soit offusqué. L'auteur de l'infraction pourra être poursuivi sans attendre l'existence d'une victime matérielle<sup>951</sup>. Le législateur sanctionne également le fait de fabriquer, transporter ou diffuser un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, sans exiger que le contenu se soit effectivement retrouvé entre les mains d'un mineur<sup>952</sup>.

L'anticipation remonte parfois très loin sur le chemin de *l'iter criminis* et ne se fonde pas toujours sur l'existence d'une intention de passage à l'acte. Le fait de visionner des dessins animés pornographiques représentant un mineur ne permet pas d'affirmer que l'individu ait l'intention de passer à l'acte sur un mineur réel<sup>953</sup>. De la même manière, le fait de regarder des films violents ne conduit pas à la commission d'un homicide. Pour reprendre une formule déjà employée, il s'agit d'une « anticipation de l'anticipation »<sup>954</sup>. Si ce procédé irrigue la matière pénale, le sceau de l'infamie concernant la sphère sexuelle, ainsi que les conséquences juridiques stigmatisantes comme le prononcé d'un suivi socio-judiciaire ou l'inscription au FIJAISV, lui donnent une autre dimension et méritent que l'on s'y attarde spécifiquement.

**251. Une prévention de l'immoralité.** Finalement, ces infractions conditionnent l'individu avant même qu'il n'ait adopté un comportement de nature à porter une atteinte effective à une potentielle victime matérielle. Pour autant, elles n'ont pas vocation à forger l'esprit de l'individu déviant à la mesure de la morale traditionnelle. En effet, tout laisse à penser que cette prévention témoigne de l'échec à imposer une certaine morale et conduit davantage à écarter physiquement ou par une certaine stigmatisation, un individu, par précaution, afin d'éviter tout risque d'atteinte à la société. À la différence du droit pénal expressif qui chérit le souhait d'une morale partagée parce qu'affichée, la matière fait face à son échec et développe un droit pénal préventif. Puisque la fonction expressive n'aura pas suffi à formater tous les individus, le droit pénal use de sa fonction préventive pour les éloigner de la société.

---

<sup>949</sup> Article 227-23 du Code pénal.

<sup>950</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>951</sup> Article 222-32 du Code pénal, voir *supra* n° 185.

<sup>952</sup> Article 227-24 du Code pénal.

<sup>953</sup> Voir *supra* n° 180.

<sup>954</sup> J.-B. PERRIER, « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », art. préc., spéc. p. 180.



Pour autant, la prévention *a priori* ne suffit pas. Si le législateur s'attache à atteindre le plus tôt possible la déviance sexuelle, cette volonté se double d'une prévention *a posteriori*, tendant à éviter le plus longtemps possible que celle-ci se réalise ou ne recommence.

## 2. La prévention d'une dangerosité *a posteriori*

**252. Un contrôle protéiforme.** La conception de la dangerosité fait usuellement référence au temps postérieur à l'acte délictuel, afin de légitimer les mesures de sûreté<sup>955</sup>. Telle qu'elle se présente de façon ordinaire, la dangerosité est issue de la culpabilité. Elle émane de la condamnation d'une personne et de la crainte d'une potentielle récidive. L'objectif est alors de ne pas laisser les auteurs d'infractions graves, notamment d'infractions portant atteinte aux mœurs, sans contrôle à l'issue de leur peine privative de liberté avec l'objectif plus ou moins idéalisé de les guérir et l'objectif concret de les éloigner autant que possible<sup>956</sup>. À ce titre, les auteurs d'infractions sexuelles sont les premiers visés par ces mesures *a posteriori*<sup>957</sup>.

La maxime selon laquelle un individu a payé sa dette à la société, ne se réalise pas à l'issue de la peine. L'exil ne saurait être suffisant. Les mesures de sûreté se fondent sur l'idée selon laquelle la peine privative de liberté n'aurait pas eu pour effet de soigner le délinquant, à tel point que la récidive serait une épée de Damoclès au-dessus de la société. À l'issue de sa peine, le délinquant n'aura pas acquis davantage de morale. Seule la finalité de protection de la société aura été respectée, celle de guérison sera donc remise à plus tard. Toutefois, derrière ce souhait apotropaïque, la réalité permet davantage de considérer qu'il s'agit d'une nouvelle exclusion, tournée vers la société tremblante plutôt que vers le délinquant malade. Cette mesure précède donc le risque d'une prochaine peine. Cette prévention est manifeste concernant les auteurs d'infractions sexuelles.

**253. Une dangerosité morale.** La répulsion commune que provoquent les agressions sexuelles, notamment lorsque ces agressions concernent des mineurs, permet au législateur d'élargir les règles de droit commun et de déborder des règles communément établies. Ce dernier tente de répondre par tous les moyens à l'horreur provoquée par ces comportements.

---

<sup>955</sup> Sur la perspective d'intégration des mesures de sûreté dans le droit positif, voir *infra* n° 476 s.

<sup>956</sup> Voir *supra* n° 140 s.

<sup>957</sup> Voir *supra* n° 165 s.

Partant, les mesures de sûreté, de même que les périodes de sûreté<sup>958</sup>, visent essentiellement les infractions portant atteinte aux mœurs<sup>959</sup>. Ces comportements font l'objet d'une intervention protéiforme du droit pénal qui n'hésite pas à déployer tout ce qui est en son pouvoir pour les atteindre.

À titre illustratif, la rétention de sûreté se fonde sur le critère de récidive. L'article 705-53-13 du Code de procédure pénale dispose que « à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté ». La prévention de la récidive est priorisée, les troubles de la personnalité semblent secondaires. La rétention de sûreté propose de répondre à cette ambition prophylactique par l'apostrophe du domaine médical et son renouvellement éternel si les soins ne sont pas concluants<sup>960</sup>.

Le FIJAISV fonctionne également comme un outil de contrôle social<sup>961</sup>. Celui-ci trahit l'absence d'espoir en une réinsertion du délinquant sexuel, qu'il est nécessaire de surveiller de façon constante.

De même, la castration chimique, qui peut être prononcée dans le cadre de l'injonction de soin, ne saurait témoigner d'une réelle volonté de guérir, mais davantage de prévenir. En effet, selon l'article L. 3711-3 du Code de la santé publique inséré dans le livre VII relatif à la prévention de la délinquance sexuelle, le médecin traitant peut prescrire tout traitement indiqué pour le soin du condamné, « y compris des médicaments inhibiteurs de libido ». Or, ce traitement n'a pas pour effet de diriger la sexualité de l'individu vers la moralité, mais seulement d'annihiler toute forme de sexualité, qu'elle soit morale ou immorale. La castration chimique ne soigne pas le délinquant en vue de sa réinsertion, mais tend à prévenir une potentielle atteinte à l'ordre public. Ce n'est pas soigner le membre malade que de l'amputer chimiquement. À cet égard, il semble inattendu de présenter la castration chimique au sein d'un paragraphe réservé à l'aspect curatif du suivi-socio judiciaire. Cette démarche a pour effet d'anéantir un exercice immoral de la sexualité, mais la réalité de la déviance et de la perversion ne disparaît guère. « Il s'agit moins

---

<sup>958</sup> Selon l'article 221-3 du Code pénal, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'assassinat a été commis avec viol, la Cour d'assises peut porter la période de sûreté à trente ans ou, si la condamnation est la réclusion criminelle à perpétuité, prononcer une période de sûreté perpétuelle.

<sup>959</sup> Voir *supra* n° 165 s.

<sup>960</sup> Voir *supra* n° 173.

<sup>961</sup> Article 706-53-1 du Code procédure pénale.

de "soigner" dans le sens de rendre à la santé, que de veiller sur une personne pour qu'elle ne commette pas certains actes »<sup>962</sup>.

La communion provoquée par l'horreur suscite l'exceptionnalité du droit pénal sans laisser à l'individu l'espoir de s'améliorer et d'abandonner son projet délictuel<sup>963</sup>. Les atteintes aux mœurs engendrent un contrôle absolu qui se matérialise par des peines avant les faits ou des peines après les faits destinées à satisfaire un certain souhait d'ostracisation<sup>964</sup>.

**254. Conclusion de la Section 1.** S'intéresser à la normalisation des citoyens par l'usage de la norme conduit nécessairement à aborder la question du rôle de la loi pénale. Si ce droit est nécessairement protéiforme, la pénalisation de certaines infractions fondées sur les mœurs permet de mettre en exergue l'usage du caractère bicéphale du droit pénal. Expressive ou préventive, la loi pénale exploite tout ce qui est en son pouvoir pour moraliser la sexualité.

D'un côté, le droit pénal acquiert un rôle expressif, destiné à signifier quels sont les comportements admis et ceux qui ne le sont pas. En matière de sexualité, cela revient essentiellement à exprimer quels sont les comportements considérés comme anormaux, car immoraux. La sexualité se prête particulièrement à ce phénomène car le tabou qui l'entoure permet de légitimer son expression légale.

De l'autre, l'usage de la prévention s'accroît. La loi préventive est utilisée afin de palier l'échec potentiel de la fonction expressive. Si la loi pénale n'a pas réussi à s'imprégner de façon suffisamment vive dans les esprits, alors, le droit pénal tentera de s'en charger en s'emparant de l'individu réfractaire par l'utilisation de la loi pénale préventive. Il s'agit ainsi d'étendre l'application du droit pénal le plus en amont possible, avant la réalisation d'une atteinte effective, tout en faisant poursuivre son rayonnement bien en aval de la peine, par l'application de certaines mesures telles que la rétention de sûreté, la surveillance de sûreté ou l'inscription au FIJAISV. L'époque contemporaine constate donc un absolutisme de la matière pénale. Aux côtés de cette normalisation par la norme, le législateur tend également à répondre à la normalité, à savoir les citoyens et les victimes, par l'usage de la norme.

---

<sup>962</sup> P. PONCELA, « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC* 2007, p. 883 s., spéc. p. 891.

<sup>963</sup> Rappelons que la France est l'un des pays européens qui condamne le plus les infractions sexuelles par des peines privatives de liberté, disponible sur : [http://wp.unil.ch/space/files/2016/05/SPACE-I-2014-Report\\_final.1.pdf](http://wp.unil.ch/space/files/2016/05/SPACE-I-2014-Report_final.1.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021)

<sup>964</sup> Il s'agit là d'une référence à la rétention de sûreté, dont le caractère hybride permet aisément de l'appréhender en tant que peine. Voir *supra* n° 173.

## Section 2 – La réponse de la norme à la normalité

**255. La norme, instrument politique incertain.** Le législateur n'utilise pas uniquement la loi pour inciter les individus à rejoindre la normalité ou les écarter pour cause d'anormalité. Il use également de la loi en tant que réponse à la masse d'individus qu'il considère appartenir à la normalité. La notion de normalité se mute alors en litote, censée représenter une partie de la population, la majorité des citoyens, ou en tout cas, le citoyen moyen. À cet égard, la loi n'est plus une fin mais se transforme en moyen de réponse à la foule d'individus. Elle n'est pas l'objet visant à normaliser, mais devient l'instrument tendant à répondre à la normalité. La loi se fait alors déclarative.

**256. De l'opinion publique aux victimes.** Utilisée par les pouvoirs politiques, la norme pénale vise à répondre aux honnêtes gens, à l'opinion publique, mais également aux victimes qui acquièrent une place centrale dans la société contemporaine. Toutefois, cet usage de la loi pénale ne saurait parvenir à l'idéal à atteindre et demeure nécessairement insatisfaisant. En effet, le droit ne suffit pas pour répondre à la normalité et ne parvient pas à dissiper les attentes des citoyens.

S'attarder sur l'aspect déclaratif de la loi pénale, utilisée en tant que réponse à l'opinion publique et aux victimes (§ 1) permettra de révéler le fait que cette manœuvre s'avère nécessairement infructueuse (§ 2).

### § 1 – Le déploiement de la fonction déclarative

**257. Une réponse prophylactique aux passions dévorantes.** Montré du doigt par les citoyens, stigmatisé par les médias, redouté par les victimes, le droit pénal, chaire aux faits divers, est devenu l'un des aspects les plus visibles de la politique publique. Ne pouvant ignorer ce phénomène, le législateur va au contraire s'en saisir et utiliser la matière comme un instrument de communication pour répondre aux citoyens et signifier qu'ils ont été entendus. Il est permis d'assister à l'émergence et au développement d'une fonction nouvelle de la loi pénale : la fonction déclarative<sup>965</sup>. Cette réponse concerne tant les citoyens dans leur globalité,

---

<sup>965</sup> CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », art. préc.

que les victimes dans leur individualité. Car, bien que ces individualités se recoupent et se rejoignent sur de nombreux points, leurs réclamations ne sauraient être satisfaites de la même façon.

Si la réponse qu'apporte le législateur aux honnêtes gens joue particulièrement sur le registre de l'émotion et de l'affichage (A), les réponses apportées aux victimes tendent davantage à affirmer la valeur répressive de la loi, dans un but thérapeutique (B).

### **A. Une réponse aux honnêtes gens**

**258. Le spectre de l'opinion publique.** Les honnêtes gens sont les citoyens dans leur globalité, leur normalité, affirmant l'existence d'une certaine bien-pensance et d'une force vindicative, portée et influencée par les médias. Se saisissant du moindre fait divers, s'insurgeant de ce que les journalistes décident de lui montrer, l'opinion publique induit une politique pénale particulière. Sous l'effet de ce que l'on appelle le « populisme pénal »<sup>966</sup>, le législateur ne peut rester insensible à l'image d'une communauté dans l'incompréhension et la colère. À cet égard, les infractions sexuelles, bien que n'étant pas les seules soumises à l'éclairage des projecteurs, demeurent particulièrement exposées. Agissant dans la chaleur des passions dévorantes, la justice pénale devient une justice de l'émotion (1). Cette dernière s'inscrit dans une volonté déclarative, destinée à apaiser les honnêtes gens en affirmant qu'ils ont été entendus. Le droit pénal se transforme en justice d'affichage (2).

#### *1. Une justice de l'émotion*

**259. « Moral panic »<sup>967</sup>, un constat d'ordre général.** Le constat selon lequel le législateur serait soumis à une forme de chantage de la part de l'opinion publique, qu'il souhaiterait contenter sans commune mesure, n'est ni nouveau, ni limité aux infractions sexuelles. En effet, ce phénomène transcende la matière pénale. Animé par l'émotion, le législateur partage les

---

<sup>966</sup> D. SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, op. cit. Voir également M. DANTI-JUAN, « Quelques réflexions sur la légitimité normative en droit pénal », in *Légalité, légitimité, licéité : Regards contemporains, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PU de Nancy, 2018, p. 59 s. ; S. LAVRIC, « Le "garantisme pénal" : pour la défense d'un droit pénal minimal », in *Légalité, légitimité, licéité : Regards contemporains, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PU de Nancy, 2018, p. 143 s.

<sup>967</sup> PH. BRAUD, *Violences politiques*, Seuil, 2018, p. 69.

bouleversements des citoyens et y répond à sa manière. Chaque événement médiatique entraîne une réaction législative ou réglementaire comme ce fut le cas pour l'amiante, les attaques de chien ou la médiatisation du tourisme sexuel... « Orpheline de conflit central »<sup>968</sup>, l'opinion publique se saisit du lien social et se le représente de façon particulièrement binaire, divisant les individus en agresseurs et agressés. La grille lacrymale ne peut que se satisfaire de cette division manichéenne, elle divise « jusqu'à l'absurde, jusqu'à la négation des évidences »<sup>969</sup>. Sous l'effet des injonctions populistes, les peines augmentent, la prescription s'étire, les conditions se réduisent. Il suffit que la voix des citoyens s'élève pour que la matière pénale s'alourdisse.

**260. Une application remarquable.** Si cette réaction est d'ordre général, les infractions portant atteinte aux mœurs ne font pas exception, bien au contraire. Celles-ci suscitent une telle réprobation, particulièrement lorsqu'elles mettent en scène un majeur et un mineur, que les réactions ne tardent jamais à se faire attendre et entendre. Prenons pour exemple la prescription de l'action publique qui évolue de façon foudroyante suite à certains événements particulièrement médiatiques, comme tel fut entre autre le cas après les disparues de l'Yonne puisque les actes interruptifs ont été étendus<sup>970</sup>. De même, l'introduction de la perpétuité réelle a fait suite à l'affaire très médiatisée de Patrick TISSIER<sup>971</sup>. La rétention de sûreté succède à l'affaire du petit ENIS<sup>972</sup>. De même, l'affaire d'OUTREAU<sup>973</sup> a remué profondément la procédure pénale. Plus récemment, la parution du Consentement de V. SPRINGORA et de la Familia grande de C. KOUCHNER ont remué l'opinion publique. Ces publications ont permis de s'interroger une énième fois sur les infractions sexuelles sur mineur. La politique de l'émotion s'impose sans conteste. La figure stigmatisée du délinquant sexuel est au centre de cette législation compulsive.

---

<sup>968</sup> A. GARAPON, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, 2001, p. 276.

<sup>969</sup> A.-C. ROBERT, *La stratégie de l'émotion*, LUX, 2018, spéc. p. 25.

<sup>970</sup> La Cour de cassation a estimé qu'un simple courrier s'enquérant du sort des disparues suffisait à interrompre la prescription ; Cass. crim. 20 février 2002, n° 01-85042.

<sup>971</sup> Patrick TISSIER, condamné en 1998, est un violeur et tueur en série français.

<sup>972</sup> Francis EVRARD a été condamné en 2009 pour l'enlèvement et le viol d'un enfant de cinq ans. Le procès d'assises fut l'occasion d'interroger largement la prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles.

<sup>973</sup> Il s'agit d'une affaire d'agressions sexuelles sur mineurs s'étant déroulée entre 1997 et 2000. À titre d'exemple, suite à cette affaire et à la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, JO du 6 mars 2007, l'article 144 du Code de procédure pénale est réécrit, le critère de trouble à l'ordre public ne peut « résulter du seul retentissement médiatique de l'affaire ». De même, la présence d'un avocat est rendue obligatoire lors du débat relatif à la détention provisoire (article 145 du Code de procédure pénale). L'enregistrement audiovisuel des gardes à vue criminelles est également généralisé (article 64-1 du Code de procédure pénale).

« Il semble si facile de légiférer qu'à la moindre gêne, le groupe ou l'individu qui l'éprouve se retourne vers (le législateur), et lui crie qu'il n'y a qu'à faire une loi »<sup>974</sup>. Animé par cette voix citoyenne, le législateur réagit dans la précipitation en ajoutant ou modifiant un texte législatif afin de calmer la clameur publique. Les sociologues évoquent un phénomène de « *moral panic* »<sup>975</sup> pour décrire la réaction des décideurs politiques qui, face à un crime d'une particulière gravité, souvent médiatisé, trouvent l'opportunité d'établir des lois de plus en plus répressives. Pour autant, légiférer de façon pulsionnelle s'avère dangereux car cela évince l'existence d'une réflexion globale. Exposé aux yeux de tous, le sens de la procédure s'opacifie. Celle-ci n'apparaît plus que comme un carcan synonyme d'impunité. L'émotion dépasse la raison. De fait, au fil des années et des lois, sous l'influence de l'opinion publique, le sens de la prescription de l'action publique s'obscurcit, au même titre que toute la procédure pénale relative aux infractions sexuelles. Incomprise, la procédure dérange. Le législateur n'hésite pas à affaiblir le droit commun et en étirer les frontières<sup>976</sup>. Les infractions qui heurtent les mœurs cristallisent l'attention de l'opinion publique et, par voie de conséquence, celle du législateur. Ainsi, s'opère un surinvestissement législatif en la matière qu'A. DARSONVILLE définit comme étant « un investissement supérieur aux besoins réels »<sup>977</sup>.

**261. Le prisme médiatique.** La puissance des « chiens de garde de la démocratie »<sup>978</sup> ne fait aucun doute. Sous l'apparence de l'ouverture d'esprit et de l'émancipation de la morale traditionnelle, les médias populaires se présentent de plus en plus en tant que nouveaux moralistes. Parfaitement schizophrènes, certains médias ont transformé l'idée d'un contre-pouvoir en une forme de lobbying émotionnel. Sous l'apparence de la neutralité, ces derniers font entrer le spectateur au sein de l'information par l'usage de l'émotion, quitte à évincer tout substrat de raison et de recul. La presse « effectue un choix, elle fait le tri entre ceux qui sont, selon elle, dignes d'empathie, et ceux qui, au contraire, méritent l'opprobre public. Ce faisant, elle se comporte à peine mieux que les foules déchaînées qui insultent les accusés, voire les couvrent de crachats, sur le chemin qui sépare la prison du tribunal »<sup>979</sup>. En même temps, la presse diffuse également les réactions de tout un chacun sur un évènement médiatique. À titre

---

<sup>974</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, op. cit., p. 111.

<sup>975</sup> PH. BRAUD, *Violences politiques*, Seuil, 2018, p. 79.

<sup>976</sup> Voir *supra* n° 126 s.

<sup>977</sup> A. DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d'infraction sexuelles », *Archives de politique criminelle* 2012, n° 34, p. 31 s., spéc. p. 31.

<sup>978</sup> CEDH 27 mars 1996, n° 17488/90, *Goodwin c/ Royaume-Uni*, § 39.

<sup>979</sup> A.-C. ROBERT, *La stratégie de l'émotion*, op. cit., spéc. p. 51.

d'exemple, la loi de 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes a donné lieu à de nombreux débats où chacun donnait son avis, notamment les personnalités du monde du spectacle qui ne cessaient d'être interrogées par les journalistes sur la loi à venir<sup>980</sup>. Finalement, la fonction expressive de la loi pénale ne serait pas tant tournée vers les délinquants que vers les honnêtes gens. Le législateur utiliserait la loi pour les conforter dans leurs positions et leurs convictions<sup>981</sup>.

Toutefois, le législateur n'est pas le seul soumis à ces pressions. Les magistrats et les experts<sup>982</sup> le sont aussi. Les faits divers, repris par les médias, induisent un sentiment d'insécurité et de laxisme de la part de la justice elle-même. En cherchant des coupables, les magistrats et les experts reçoivent parfois la violence d'une foule dans l'incompréhension. P. CHAMPAGNE, sociologue, propose donc de ne pas concentrer les erreurs de l'affaire d'Outreau uniquement autour de la figure du juge BURGAUD, en s'interrogeant de la sorte : « N'est-ce pas les médias, au final, qui sont les plus dangereux dans la mesure où, comme ce fut le cas à propos de l'affaire d'Outreau, ils sont aussi prompts à pousser les juges à incarcérer d'éventuels coupables qu'à dénoncer les incarcération abusives dont il sont largement responsables ? »<sup>983</sup>.

**262. La versatilité des émotions.** Le terme *émotion* est issu de la racine latine *emovere* qui signifie mettre en mouvement. Cette idée de mobilité se retrouve aisément au sein de la politique pénale, qualifiée de politique pénale de l'émotion. L'effervescence de l'information tend à exacerber la relation entre l'opinion publique et le législateur, si bien que le J. CARBONNIER donne à voir ce lien à travers le rôle théâtral et versatile du droit pénal en écrivant : « Le droit pénal est le plus théâtral de tous les droits ; c'est lui qui peut remuer l'opinion, susciter un quatorze juillet et en lui les pouvoirs politiques tiennent leur instrument suprême de commandement. Aussi est-il plus changeant que d'autres : le théâtre appelle les coups de théâtre ; l'opinion est inconstante et les volte-faces font partie de l'art politicien »<sup>984</sup>. En effet, les mœurs sexuelles sont loin d'être naturelles. Celles-ci ne cessent d'évoluer et de se transformer, à tel point que les relations contre-nature d'hier peuvent être consacrées par un contrat de mariage aujourd'hui. De même, l'absolue protection du mineur n'est pas immuable

---

<sup>980</sup> Catherine DENEUVE, Brigitte LAHAIE, Adèle HAENEL, Julie GAYET ou encore Catherine MILLET.

<sup>981</sup> Voir notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2007, n° 127, p. 22 s., spéc. p. 30.

<sup>982</sup> Voir *infra* n° 471 s.

<sup>983</sup> P. CHAMPAGNE, « Les médias, la dangerosité et les risques », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 207 s., spéc. p. 223.

<sup>984</sup> J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, *op. cit.*, p. 135.



puisqu'avant les années 1970, c'est lui qui est regardé avec suspicion<sup>985</sup>. Soumis à l'opinion publique et à ses ondulations, le législateur n'hésite pas à saisir et intégrer les comportements sociaux, modifiant sa législation selon la vague des émotions qui déferlent. La délinquance sexuelle est saisie sous toutes ses formes. Les incriminations s'ajoutent aux incriminations, se superposent et se décomposent. L'outrage sexiste complète le Code pénal<sup>986</sup>, le harcèlement sexuel se développe et s'étend<sup>987</sup>, l'espionnage des parties intimes<sup>988</sup> devient également une infraction à part entière. Accueillant de la sextorsion<sup>989</sup> et du live streaming<sup>990</sup>, le Code pénal s'alourdit progressivement. La hiérarchisation disparaît, tous les comportements sexuels déviants méritent d'être pénalisés. X. LAMEYRE estime qu'il s'agit d'un « aveuglement émotionnel »<sup>991</sup>.

La norme répond à la normalité sociale, traduisant juridiquement ce que l'opinion publique donne à voir comme absolu. Aucun recul n'est pris sur les passions ressenties, la raison disparaît. Le droit ne filtre plus les passions, il s'y soumet docilement. De fait, la politique pénale de l'émotion conduit à une politique pénale d'affichage, destinée à garantir auprès de l'opinion publique la réalité de son écoute.

---

<sup>985</sup> « Au tournant du siècle [...], les publications d'Ernest Dupré consacrées à la mythomanie apportent une consistance scientifique à la thèse des faux attentats et des mensonges inconscients », A.-C. AMBROISE-RENDU, *Histoire de la pédophilie, XIXe-XXIe siècle*, Fayard, 2014, p. 74 s., spéc p. 79 citant F.-M. RASSIER, *De la valeur du témoignage des enfants en justice*, Masson, 1892.

<sup>986</sup> Article 621-1 du Code pénal créé par la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018. Sur le sujet voir également A. DARSONVILLE, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ Pénal* 2017, p. 532 s. ; S. DETRAZ et L. SAENKO, « La loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », *D.* 2018, p. 2031 s. ; J.-C. PLANQUE, « Ne créez pas le délit d'outrage sexiste ! », *JCP* 2017, n° 50, p. 1314 ; M.-L. RASSAT, « De la création d'un "outrage sexiste et sexuel" », *Droit pénal*, avril 2018, étude n° 7 ; C. SAAS, « Harcèlement de rue ou le droit à être dans l'espace public », *Gaz. Pal.* 2018, p. 81 s. ; V. TELLIER-CAYROL, « Non à l'outrage sexiste ! », *D.* 2018, p. 425 s.

<sup>987</sup> Article 222-33 du Code pénal. Depuis la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018, le harcèlement sexuel s'est étendu au harcèlement sexiste et au raid numérique. Voir notamment P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Harcèlement, décembre 2020, n° 5 ; PH. BONFILS, « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexiste », *JCP G* n° 39, 2018, 975. Sur la conservation de ces infractions, voir *infra* n° 370.

<sup>988</sup> Article 226-3-1 du Code pénal créé par la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018 ; sur le sujet voir notamment C. CLAVERIE-ROUSSET, « Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes », *Droit pénal*, octobre 2018, étude n° 23.

<sup>989</sup> Article 227-23-1 du Code pénal. Sur le sujet voir notamment J.-B. PERRIER, « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs », *RSC* 2021, p. 454 s., spéc. p. 459.

<sup>990</sup> Articles 222-26-1. Sur le sujet, voir *infra* n° 369.

<sup>991</sup> X. LAMEYRE, *La criminalité sexuelle*, Flammarion, 2000. Sur l'effet néfaste de ce surinvestissement, voir *infra* n° 304 s.

## 2. Une justice de l'affichage

**263. L'affichage d'une écoute effective.** Cette politique de l'émotion est intégrée par le droit pénal grâce à une politique d'affichage. Les citoyens conçoivent l'arme pénale comme la solution à toutes les difficultés. Préférant la punition à l'éducation, la réponse du législateur par la création de nouvelles infractions, ou de nouvelles procédures, a le mérite d'avoir un effet immédiat. Certaines mesures vont même jusqu'à évincer la précédente sans que celle-ci n'ait eu le temps de faire ses preuves<sup>992</sup>. En témoignent les modifications erratiques de la prescription de l'action publique relative aux mineurs<sup>993</sup>. Ces lois déclaratives s'inscrivent dans une politique criminelle plus sensible aux effets d'annonce qu'à l'efficacité des mesures ajoutées. D. SALAS énonce que « les médias ne livrent donc pas une simple information sur l'événement. En accréditant ou non certains récits, ils déterminent l'agenda politique »<sup>994</sup>.

Un exemple récent semble particulièrement éloquent. Il s'agit d'un arrêt de Cour d'assises de Seine-et-Marne, ayant acquitté un homme de 28 ans accusé de viol sur une fillette de 11 ans. La Cour d'assises a estimé que l'absence de consentement de la victime n'était pas prouvée ce qui a entraîné une vague de protestations, portée par les médias<sup>995</sup>. Toutefois, il semble que les magistrats aient eu un réel doute concernant l'âge de la fillette. Issue d'une famille de migrants auxquels les papiers ont été attribués sur simple déclaration de leur civilité, l'âge de l'enfant était remis en doute par les magistrats. Peut-être avait-il été fixé à moins de quinze ans afin de bénéficier d'un certain nombre de prestations sociales. Pourtant, les journalistes paraissent avoir tout à fait occulté cet élément, sans doute afin de s'assurer de l'indignation générale<sup>996</sup>. Cet emportement collectif a conduit, sans surprise, le Parlement à se saisir de la question, allant jusqu'à compléter l'étrange article 222-22-1 du Code pénal de la sorte : « 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

---

<sup>992</sup> A. MIHMAN, *Juger à temps, le juste temps de la réponse pénale, refonte de la thèse « Contribution à l'étude du temps : pour une approche unie du temps et de la réponse pénale »*, l'Harmattan, 2008, p. 119, n° 94 ; CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC* 2012, p. 274 s.

<sup>993</sup> Voir *supra* n° 153 s.

<sup>994</sup> D. SALAS, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, *op. cit.*, p. 142.

<sup>995</sup> « Seine-et-Marne : un homme acquitté du viol d'une fillette de 11 ans », *Le Point*, 11 novembre 2017 ; « Une cour d'assises acquitte un homme accusé d'avoir violé une fille de 11 ans », *Le Monde*, 11 novembre 2017 ; « Un homme, accusé d'avoir violé une fillette de 11 ans, acquitté », *Le Figaro*, 11 novembre 2017. Toutefois, précisons que cet individu a été, par la suite, condamné en appel.

<sup>996</sup> A.-C. ROBERT, *La stratégie de l'émotion*, *op. cit.*, spéc. 62 s.

nécessaire pour ces actes »<sup>997</sup>. Cet article est étonnant en ce qu'il s'avère être purement didactique<sup>998</sup>, seulement destiné à indiquer aux magistrats « certaines circonstances de fait »<sup>999</sup> sur lesquelles s'appuyer, quand bien même ces derniers l'exploitaient déjà<sup>1000</sup>. Utiliser la norme comme une réponse potentielle à la normalité interroge. Si ce constat dépasse les infractions sexuelles, elles n'en demeurent pas moins l'un des terrains privilégiés par le législateur. Aux côtés des infractions terroristes, le domaine sexuel suscite le plus passions<sup>1001</sup>.

**264. Le droit, un obstacle à l'expression politique.** Le droit serait-il devenu un outil essentiellement politique ? La mission normative du législateur se doublerait-elle d'une mission déclarative tendant à exprimer les objectifs politiques à des fins purement démagogiques ? La loi intervient comme un message de sympathie voire même « d'amitié »<sup>1002</sup>, destiné à souligner l'attention portée à la détresse des uns et des autres. À cet égard, il est intéressant de constater que les débats parlementaires tendent à considérer le droit, et notamment le droit constitutionnel, comme un obstacle contraignant. P. JANUEL a mis en exergue cette vision du Conseil constitutionnel dans les débats relatifs au projet de loi se référant aux violences sexistes et sexuelles<sup>1003</sup>. Lors des débats, le député S. HUYGHE affirme vouloir prendre « le risque » d'une censure par le Conseil constitutionnel concernant l'imprescriptibilité de certaines infractions relatives aux atteintes sexuelles sur mineur, afin de « marquer un acte politique

<sup>997</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018.

<sup>998</sup> Cass. crim. 17 mars 2021, n° 20-86.318 : « Il résulte des travaux préparatoires de la loi du 3 août 2018 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 analyse contraire. En effet, 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. Ayant un caractère interprétatif, l'article 222-22-1, alinéa 3, du code pénal s'applique aux faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 3 août 2018 ».

<sup>999</sup> Cons. const. 6 février 2015, DC QPC n° 2014-448, *JO* du 8 février 2015, § 7.

<sup>1000</sup> Cass. crim. 7 décembre 2005 ; *Bull. crim.* n°326 ; *Droit pénal* 2006, comm. 31, obs. M. VERON ; *RSC* 2006, p. 319, obs. MAYAUD : « 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 » ; Sur cet article du Code pénal voir notamment V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 195 s. ; E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020, p. 139 s. ; A. DARSONVILLE, « La définition légale de la contrainte morale : simple guide rétroactif à usage des juges », *AJ Pénal* 2015, p. 421 s. ; CH. GUERY, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ Pénal* 2010, p. 126 s. ; Y. MAYAUD, « Le viol : deux lois interprétatives pour une définition ! », *AJ Pénal* 2017, p. 257 s.

<sup>1001</sup> En témoignent l'effervescence autour de R. POLANSKI, H. WEINSTEIN, J. EPSTEIN, PH. BARBARIN, #balancetonporc, #meetooinceste, #balancetonrapporteur, #metoo, La ligue du LOL...

<sup>1002</sup> P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 s., spéc. p. 797.

<sup>1003</sup> P. JANUEL, « Violences sexistes et sexuelles : la commission amende le projet de loi », *Dalloz actualité*, 11 mai 2018.

fort »<sup>1004</sup>. De même, N. DEMOULI a déclaré se méfier des « arguments juridiques tels que l'équilibre du Code pénal » avant de proposer que faute d'imprescriptibilité, la prescription soit fixée à cent ans<sup>1005</sup>. À croire que les grands principes de la matière ne seraient que des contraintes à surmonter et non des gardes-fous à respecter. Ainsi, l'auteur confirme que la rapporteure A. LOUIS et le député D. PARIS ont parfois été isolés lorsqu'ils tentaient de rappeler que le contrôle de constitutionnalité était une protection et non « un risque »<sup>1006</sup>. Enfin, la manifestation de cette prise en compte de l'opinion publique par le législateur trouve sa consécration ultime au sein des propos du député P. GOSSELIN qui n'a pas hésité à affirmer que les « attentes sociétales devaient s'insérer dans les règles juridiques », quitte à paraître « rabat-joie »<sup>1007</sup>. Dans une veine similaire, le rapporteur de la loi relative à la sécurité intérieure qui concernait la pénalisation des activités entourant la prostitution, C. ESTROSI, déclarait qu'il s'agissait « d'un ensemble de dispositions destinées à réprimer certaines formes insupportables de délinquance ou de criminalité. Ce faisant le chapitre VI apporte des réponses fortes aux attentes des français »<sup>1008</sup>. Les attentes supposées des français s'infiltrèrent donc dans le domaine juridique, particulièrement au sein des infractions relatives aux mœurs, bravant les obstacles imposés par la légalité et la raison juridique. Ainsi, méprisant le risque d'inconstitutionnalité lié à la présomption de non consentement<sup>1009</sup>, le législateur étend le viol et l'agression sexuelle aux mineurs de quinze ans, sans s'embarrasser de la caractérisation de la contrainte, violence, menace ou surprise<sup>1010</sup>. Comme l'annonçait M. ABU JAMAL, en détournant une célèbre phrase de CLAUSWITZ : « Le droit n'est que la continuation de la politique par d'autres moyens »<sup>1011</sup>. Le législateur ne se présente plus comme un contre pouvoir permettant de dépasser la souffrance et l'émotion pour l'amener à la raison et la neutralité. Au contraire, le législateur est embarqué dans le flux de l'affliction et se destine à apporter une réponse immédiate et parfois superficielle à l'indignation de la majorité.

---

<sup>1004</sup> S. HUYGHE, Rapport de l'Assemblée nationale n° 938 du 10 mai 2018, préc. cit., p. 62.

<sup>1005</sup> N. DEMOULIN, Rapport de l'Assemblée nationale n° 938 du 10 mai 2018, préc. cit., p. 62.

<sup>1006</sup> D. PARIS, Rapport de l'Assemblée nationale n° 938 du 10 mai 2018, préc. cit., p. 63 s.

<sup>1007</sup> P. JANUEL, « Violences sexistes et sexuelles : la commission amende le projet de loi », art. préc.

<sup>1008</sup> CH. ESTROSI, Rapport de l'Assemblée nationale n° 508, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence (n° 381), pour la sécurité intérieure, p. 107 s.

<sup>1009</sup> Dans son avis du 15 mars 2018 sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, le Conseil d'État avait affirmé que pour qu'une présomption de non consentement « 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 ».

<sup>1010</sup> Article 222-23-1 du Code pénal (viol) et article 222-29-1 du Code pénal (agression sexuelle).

<sup>1011</sup> Cité par M. ROUYER, « La politique par le droit », *Raisons politiques*, 2003, n° 9, p. 65 s., spéc. p. 65.

À cet égard, il est intéressant de reprendre les quelques mots du J. CARBONNIER, qui écrivait à juste titre que « de l'inflation législative nous portons tous un peu le péché. À peine apercevons nous le mal que nous exigeons le remède ; et la loi est, en apparence, le remède instantané. Qu'un scandale éclate, qu'un accident survienne, qu'un inconvénient se découvre : la faute en est aux lacunes de la législation. Il n'y a qu'à faire une loi de plus. Et on la fait. Il faudrait beaucoup de courage à un gouvernement pour refuser cette satisfaction de papier à son opinion publique »<sup>1012</sup>. Or, il est évident que ce courage, concernant les infractions sexuelles, est loin d'être palpable.

## **B. Une réponse aux victimes**

**265. Le spectre de la victime.** Aux côtés de la masse citoyenne, la victime induit elle aussi une certaine politique pénale. En effet, l'usage de la fonction déclarative permet également au législateur de répondre à la détresse de ceux qui souffrent. Ainsi, le statut de victime a su s'imposer. Etiré de toutes parts, le droit pénal constate et provoque l'émergence de ce statut et de son extension progressive, suscitant le consensus et la pitié. La reconnaissance du statut de victime est un phénomène contemporain qui conduit à lui consacrer une certaine dévotion, particulièrement concernant les infractions relatives aux mœurs (1). De fait, l'usage de l'arme pénale va conduire le droit à renouer avec les élans du théâtre antique, cristallisant un souhait cathartique et thérapeutique pour la victime (2).

### *1. Une reconnaissance des victimes*

**266. Le culte de la victime**<sup>1013</sup>. Depuis plusieurs années, la justice pénale s'est recentrée autour de la victime, lui vouant ce que l'on pourrait appeler un véritable culte en consacrant une migration du coupable à la victime<sup>1014</sup>. Animé par une volonté vengeresse, le « populisme pénal »<sup>1015</sup> s'engage toujours dans la même direction : celle de la personne souffrante. Dans nos sociétés, victime est devenue un statut qui entraîne une reconnaissance sociale, comme en

---

<sup>1012</sup> J. CARBONNIER, *Essais sur les lois*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 147 s.

<sup>1013</sup> Sur la reconnaissance progressive de la victime dans l'histoire du droit pénal voir R. CARIO ET S. RUIZ-VERA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Victimes d'infractions, décembre 2020. Sur le sujet voir également X. PIN, « Les victimes d'infractions définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, 2006, n° 28, p. 49 s.

<sup>1014</sup> A. GARAPON, « La démocratie à l'épreuve de la justice », *Justices*, 1999, n° 1, p. 43 s.

<sup>1015</sup> D. SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, op. cit..

témoigne l'émergence des phénomènes « #metoo », #meetooinceste ou « #balancetonporc »<sup>1016</sup> qui se propagent sur les réseaux sociaux<sup>1017</sup>. Après avoir été regardé avec suspicion, il s'agit désormais d'un statut presque sacralisé. La victime permet de se distinguer des autres par le malheur, contribuant à créer une communauté de soutien que certains qualifient de « communauté émotionnelle à distance »<sup>1018</sup>. Elle suscite un consensus et forme autour d'elle un lien social que l'on croyait disparu. Ainsi, durant un moment limité dans le temps et l'espace, il arrive qu'un collectif fondé sur des affects partagés se mette en place. La charité prend le pas sur la solidarité. Autour de la douleur, des centaines de personnes n'hésitent pas à se mobiliser pour des marches blanches<sup>1019</sup> ou des recherches, resserrant ainsi le lien autour de celui qui souffre. Pour illustrer ce nouveau culte A.-C. ROBERT prend pour exemple le projet finalement abandonné de transférer les cendres d'Albert DREYFUS au Panthéon<sup>1020</sup>. La confusion entre héros et victime est ici symptomatique. S'il ne s'agit pas d'exclure tout à fait la victime de la procédure pénale ni de nier sa souffrance, il est néanmoins essentiel de souligner l'excès dont fait preuve la matière et l'inadaptation à laquelle elle se heurte<sup>1021</sup>.

**267. La saisie de la souffrance par le législateur.** Ce culte de la victime dépasse les citoyens pour atteindre le pouvoir exécutif, avant de se répandre rapidement sur le législatif. L'intervention du président N. SARKOZY, suite à l'affaire des infirmières de Pau<sup>1022</sup> est éclairante. Ce dernier avait en effet déclaré publiquement : « entre les délinquants et les victimes, je choisis le camp des victimes ». Ces quelques mots politiques sont bel et bien la retranscription de ce phénomène de communion. Les pouvoirs publics s'emparent d'une affaire et imposent insidieusement au législateur d'apporter une réponse à ces souffrances multiples. En effet, derrière la figure de la victime se pressent de nombreux dirigeants politiques qui s'appuient sur cette dernière pour mettre en valeur leurs énergiques réactions. La douleur finit par devenir un instrument politique.

---

<sup>1016</sup> Il s'agit de hashtags qui se sont largement diffusés sur les réseaux sociaux en octobre 2017 afin de dénoncer les violences sexuelles et harcèlements sexuels, particulièrement dans le milieu professionnel.

<sup>1017</sup> Rencontres de droit pénal B. PY, *Minorité, sexualité et droit pénal*, 6 juin 2018, Lyon 3.

<sup>1018</sup> PH. BRAUD, *Violences politiques, op. cit.*, p. 69 ; voir également V. TOUNKARA, « Victimologie, entre statut et sentiment : aspects psychologiques », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 88 s., spéc. p. 88.

<sup>1019</sup> La première marche blanche s'est mobilisée lors de l'affaire dite « DUTROUX ».

<sup>1020</sup> A.-C. ROBERT, *La stratégie de l'émotion, op. cit.*, spéc. p. 72 s.

<sup>1021</sup> Sur la reconsidération de la place de la victime, voir *infra* n° 533 s.

<sup>1022</sup> L'affaire Romain DUPUY est un fait divers survenu en décembre 2004 à l'hôpital psychiatrique de Pau, où une aide-soignante et une infirmière ont été tuées par un individu ayant été interné de nombreuses fois en hôpital psychiatrique pour schizophrénie.

Face à l'innocence absolue que représente la victime, l'auteur se transforme en monstre tout aussi absolu. De façon particulièrement manichéenne, le parallélisme antagonique fonctionne parfaitement. La justice pénale devient moralement active puisqu'elle se présente comme un soutien, une réponse. Si au fil des siècles, la Justice s'est substituée au règlement interpersonnel des conflits, il semblerait que la victime revienne s'imposer en tant qu'acteur majeur, n'hésitant pas à extraire le débat de la scène juridique pour l'exposer publiquement, préférant l'infamie à la répression. « La victime est-elle élevée au rang de juge »<sup>1023</sup> ?

**268. Un régime sur mesure.** Ce statut est devenu une position à part entière et omniprésente, si bien que l'article préliminaire du Code de procédure pénale le mentionne avant même de s'intéresser à l'auteur de l'infraction<sup>1024</sup>. Tout est mis en œuvre pour que la ou les victime(s) se sente(nt) entendue(s) et protégée(s). La criminologie s'est même enrichie d'une nouvelle branche, la victimologie, destinée à prendre en charge les victimes, étudier les conséquences de l'infraction sur ces dernières ainsi que les conditions ayant conduit à la réalisation de l'infraction. Progressivement, leur place prend de l'ampleur et de nombreuses mesures sont intégrées pour faciliter les démarches ou le suivi de ces dernières. De même, fort heureusement, une formation spécialisée est actuellement dispensée aux forces de l'ordre ou aux auditeurs de justice concernant le recueil des plaintes pour les infractions sexuelles<sup>1025</sup>. Chacun des actes de la procédure leur est personnellement notifié<sup>1026</sup>. L'allongement des délais de prescription est justifié par une meilleure reconnaissance du statut de victime et des conditions difficiles dans lesquelles elles se trouvent parfois, notamment quand il s'agit d'exprimer ce qu'elles ont subi. La prescription est allongée et son point de départ est repoussé lorsqu'il s'agit d'infractions sexuelles sur des victimes mineures, du fait du traumatisme inhérent à cette infraction et le

---

<sup>1023</sup> C. SAAS, « Victime en justice : la place de la victime dans le droit pénal français », *Vacarme* 2004, n° 27, p. 47 s., spéc. p. 47.

<sup>1024</sup> L'article 707 du Code de procédure pénale, introduisant le livre V relatif à l'exécution des peines, consacre également une large place à la victime et ses droits.

<sup>1025</sup> Voir *infra* n° 548 s.

<sup>1026</sup> Article 40-2 du Code de procédure pénale : « Le procureur de la République avise les plaignants et les victimes si elles sont identifiées, ainsi que les personnes ou autorités mentionnées au deuxième alinéa de l'article 40, des poursuites ou des mesures alternatives aux poursuites qui ont été décidées à la suite de leur plainte ou de leur signalement

Lorsqu'il décide de classer sans suite la procédure, il les avise également de sa décision en indiquant les raisons juridiques ou d'opportunité qui la justifient ».

Article 80-3 al. 1 du Code de procédure pénale : « Dès le début de l'information, le juge d'instruction doit avertir la victime d'une infraction de l'ouverture d'une procédure, de son droit de se constituer partie civile et des modalités d'exercice de ce droit. Si la victime est mineure, l'avis est donné à ses représentants légaux ».

Article 391 al. 1 du Code de procédure pénale « Toute personne ayant porté plainte est avisée par le parquet de la date de l'audience ».

contexte souvent intra-familial dans lequel l'acte se situe<sup>1027</sup>. Tout est mis en œuvre pour faciliter les démarches des victimes, contribuant de la sorte à reconnaître leur statut<sup>1028</sup>.

**269. Un statut élargi.** Depuis la loi du 3 janvier 1985 portant diverses dispositions d'ordre social<sup>1029</sup>, les associations font partie intégrante du circuit pénal et peuvent se constituer partie civile, ce qui n'est pas sans accroître la charge émotionnelle lors d'un procès. Les violences sexuelles et les violences sur mineur font partie des comportements de nature à justifier l'intervention des associations. L'article 2-2 du Code de procédure pénale dispose que « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, dont l'objet statutaire comporte la lutte contre les violences sexuelles ou contre les violences exercées sur un membre de la famille, peut exercer les droits reconnus à la partie civile, [...] ». L'article 2-3 du même Code concerne plus particulièrement les mineurs<sup>1030</sup>. De plus, dans certains cas, les associations inscrites auprès du ministère de la justice dans des conditions fixées en Conseil d'État peuvent outrepasser l'absence de mise en mouvement de l'action publique. Pour cela, il doit s'agir d'exploitation pornographique du mineur, de viol, d'agression sexuelle ou de tourisme sexuel<sup>1031</sup>. Si l'on comprend parfaitement l'intérêt de cette prérogative lorsqu'il s'agit de tourisme sexuel car le déclenchement ne viendra pas du mineur lui-même, il apparaît plus intrigant que cela soit envisageable pour les autres infractions visées. Devant cette multitude de victimes, les accusations privées se multiplient au point de devenir des « mini-procureurs zélés et militants »<sup>1032</sup>.

Le statut de victime semble également contagieux, en mesure de rebondir sur les proches des victimes directes. La Cour de cassation estime qu'un viol est de nature à causer directement

---

<sup>1027</sup> Concernant le débat relatif à l'amnésie traumatique, voir *infra* n° 436.

<sup>1028</sup> Afin d'améliorer la place de la victime, voir *infra* n° 533 s.

<sup>1029</sup> Loi n° 85-10 du 3 janvier 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* du 4 janvier 1985.

<sup>1030</sup> « Toute association, régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant, par ses statuts, de défendre ou d'assister l'enfance martyrisée, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les tortures et actes de barbarie, les violences et agressions sexuelles commis sur la personne d'un mineur et les infractions de mise en péril des mineurs réprimés par les articles 222-3 à 222-6, 222-8, 222-10, 222-12, 222-13, 222-14, 222-15, 222-24, 222-25, 222-26, 222-29, 222-30, 227-22, 227-25, 227-26 et 227-27 du code pénal, lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée ».

<sup>1031</sup> L'alinéa 2 de l'article 2-3 du Code de procédure pénale dispose que : « Toute association, inscrite auprès du ministère de la justice dans des conditions fixées par décret en Conseil d'Etat, est recevable dans son action même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée en ce qui concerne l'infraction mentionnée à l'article 227-23 du Code pénal. Il en est de même lorsqu'il est fait application des dispositions du second alinéa de l'article 222-22 et de l'article 227-27-1 dudit code ».

<sup>1032</sup> F. CARSORLA, « La victime et le juge pénal », *RPDP* 2003, p. 639 s., spéc. p. 643.



préjudice non seulement à la victime mais également à ses parents<sup>1033</sup>, ses grands-parents<sup>1034</sup> ou ses frères et sœurs<sup>1035</sup>. Par ailleurs, une nouvelle rubrique émerge, destinée à protéger les victimes potentielles, par l'utilisation de la notion de dangerosité. La justice préventive tend à protéger les individus d'une potentielle atteinte qui pourrait leur être faite. Se superposant les unes aux autres, les victimes forment désormais un cercle concentrique en présence duquel il devient particulièrement délicat de repérer ce que certains appellent la « vraie victime » ou victime directe<sup>1036</sup>. Ce statut est devenu si important que le législateur l'impose même à ceux qui ne le souhaitent pas. En effet, le législateur accole parfois cette étiquette de victime à une personne qui ne le ressentirait pas<sup>1037</sup>. Au nom de la dignité ou de la minorité, la capacité de choix en matière sexuelle est niée à certains individus, notamment les mineurs<sup>1038</sup> et les personnes prostituées<sup>1039</sup>. Ces dernières sont considérées comme étant des victimes, indépendamment de leur ressenti personnel, en parfaite cohésion avec la théorie développée par LA BOETIE selon laquelle, si l'on accepte de se soumettre, c'est forcément que l'on n'a jamais connu autre chose que la servitude et que l'on n'imagine même pas la possibilité de vivre différemment. De même, le silence des victimes de violences conjugales peut être brisé par le médecin comme en dispose l'article 226-14, 3° du Code pénal. Plus besoin de donner son accord pour apparaître comme une victime aux yeux de tous. La victime peut être reconnue comme telle, malgré elle. Ainsi, le législateur révèle aux individus leur propre condition, affirmant que la première raison de la servitude volontaire réside dans l'ignorance<sup>1040</sup>. Cependant, cet excès ne tend pas à répondre de façon juste et efficace à ceux qui ont souffert. Cela conduit à des réactions superficielles de la part du législateur, loin de la réalité des victimes directes<sup>1041</sup>.

Le droit pénal s'octroie donc le rôle de déterminer quelles sont les victimes et de répondre à leur souffrance. À ce titre, la matière devient thérapeutique, destinée à soigner les souffrances

---

<sup>1033</sup> Cass. crim. 26 février 2020, n° 19-82.119, *Bull. Crim.* n° 34.

<sup>1034</sup> Il a déjà été jugé qu'une grand-mère dénonçant des actes incestueux sur sa petite fille était recevable à se constituer partie civile (Cass. crim. 16 juin 1998, n° 982-171).

<sup>1035</sup> La sœur d'une victime de viol semble également recevable à se constituer partie civile (Cass. crim. 27 mai 2009, n° 09-80.023, *AJ Pénal* 2009. 363, obs. C. DUPARC)

<sup>1036</sup> E. FORTIS, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », *Archives de politique criminelle*, 2016, n° 28, p. 41 s.

<sup>1037</sup> Voir *supra* n° 177 s.

<sup>1038</sup> Par la pénalisation de l'atteinte sexuelle ou du viol et de l'agression sexuelle dans leur acceptation nouvelle par exemple. Sur l'importance de limiter les effets du consentement du mineur, voir *infra* n° 410 s.

<sup>1039</sup> Voir *supra* n° 194.

<sup>1040</sup> M. MARZANO, « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits* 2008, n° 48, p. 109 s.

<sup>1041</sup> Sur une meilleure intégration de la victime d'infraction sexuelle, voir *infra* n° 533 s.

endurées, venger les victimes blessées, signifier qu'elles ont été écoutées et qu'une réponse va leur être apportée.

## 2. Un droit pénal thérapeutique

**270. Un procès pour *catharsis*.** La prise en charge grandissante des victimes d'infractions sexuelles conduit à doter le droit pénal d'un rôle thérapeutique. La justice rationnelle devient une justice sacramentelle<sup>1042</sup>. Le législateur, en se plaçant du bon côté, celui des victimes, accroît l'aspect déclaratif de la loi pénale et augmente ainsi son usage guérisseur. Ce processus de sur-victimisation conduit à dénaturer la loi pour la rendre plus proche des attentes des personnes lésées. Ainsi, F. GROS rappelle qu'aujourd'hui « punir, c'est permettre à la victime de faire son deuil »<sup>1043</sup>. Le procès n'a donc plus uniquement pour but de rendre la justice et restituer l'équilibre rompu. Il doit désormais « mettre en scène un drame compassionnel »<sup>1044</sup> destiné à guérir la victime. En cela, il existe une forme de *catharsis* du procès pénal, voué à purger la douleur. La scène pénale est présentée comme un espace offert aux victimes, nécessaire à leur reconstruction. Cela explique l'étirement des délais de prescription qui tend à étendre la capacité pour les individus à être reconnus en tant que victime, au même titre que l'extension du statut de victime. Finalement, peu importe le probable acquittement de l'accusé, qui les attend en raison du doute inhérent au temps séparant l'acte du procès<sup>1045</sup>, la scène judiciaire est offerte, quand bien même cet acquittement pour doute pourrait s'avérer plus violent qu'un non-lieu constatant la prescription de l'action publique. Il semble exister une confusion entre l'imprescriptibilité et condamnation pénale. La prescription n'est pas la seule à faire échec au procès pénale et à la condamnation. De même, la loi du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental<sup>1046</sup> a complété le non-lieu pour irresponsabilité pénale afin de répondre davantage aux incompréhensions des victimes<sup>1047</sup>. Désormais, la procédure est désormais la suivante : lorsque le juge d'instruction fait application de l'alinéa 1 de l'article 122-1 du Code pénal, il en informe

---

<sup>1042</sup> G. VON DER WEID, « Faut-il un procès au nom des victimes ? », *Les Cahiers de la justice* 2020, p. 1 s.

<sup>1043</sup> F. GROS, *La victime, sujet de droit ou objet politique*, cité par L. BACHLER, « Qu'est-ce qu'une punition juste ? », *Spirale* 2021, n° 62, p. 123 s.

<sup>1044</sup> D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 36.

<sup>1045</sup> Voir *infra* n° 551 s.

<sup>1046</sup> Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, *JO* du 26 février 2008.

<sup>1047</sup> Voir notamment la Sénat, Proposition de loi n° 486 du 25 mars 2021 relative aux causes de l'irresponsabilité pénale et aux conditions de la réalisation de l'expertise en matière pénale.

la partie civile qui a la possibilité de demander un complément d'expertise ou une contre expertise. Cette demande est de droit<sup>1048</sup>. Lorsque le juge d'instruction estime qu'il existe des charges suffisantes et que celles-ci peuvent donner lieu à l'application de l'article 122-1 du Code de procédure pénale, il en informe les parties et le procureur de la République, qui peuvent saisir la chambre de l'instruction<sup>1049</sup>. La comparution du mis en cause peut être exigée si son état le permet<sup>1050</sup>. Cette étape permet d'éviter l'incompréhension des victimes face à un simple non-lieu. Par la suite, la chambre de l'instruction peut prononcer un non-lieu<sup>1051</sup>, renvoyer l'affaire devant la juridiction compétente<sup>1052</sup> ou prononcer un arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental par lequel elle déclare qu'il existe des charges suffisantes mais que la personne s'avère irresponsable. Dans ce cas, elle prononce « s'il y a lieu, une ou plusieurs des mesures de sûreté prévues au chapitre III du présent titre »<sup>1053</sup>. Il ne s'agit plus d'un non-lieu *sec* mais d'un non-lieu complété en vue de le rendre accessible aux victimes. L'aspect sédatif du droit pénal s'affirme. La personne souffrante devient l'un des axes autour duquel gravite le procès. « Le procès pénal se mue indéniablement en un exutoire des maux psychologiques des victimes d'infractions »<sup>1054</sup>.

La victime pourrait être considérée comme celle qui croit au pouvoir guérisseur d'un tiers, notamment du juge pénal ou de l'auteur de l'infraction que cette dernière souhaite voir souffrir à son tour. Comment pourrait-il en être autrement alors que tout tend à le faire croire ? Si le droit pénal modifie son fonctionnement pour s'adapter à la victime, cela signifie qu'elle n'est pas seule à croire à cette fonction guérisseuse. Cette croyance partagée par le législateur a pour conséquence une adaptation de la matière à cette pensée. « L'État est aujourd'hui contraint d'adapter les modalités de son action à l'émergence d'une nouvelle rationalité pénale fondée sur l'apaisement du corps social à l'aune de l'apaisement de la souffrance individuelle ou collective

---

<sup>1048</sup> Article 167-1 du Code de procédure pénale : « Lorsque les conclusions de l'expertise sont de nature à conduire à l'application des dispositions du premier alinéa de l'article 122-1 du code pénal prévoyant l'irresponsabilité pénale de la personne en raison d'un trouble mental, leur notification à la partie civile est effectuée dans les conditions prévues par le premier alinéa de l'article 167, le cas échéant en présence de l'expert ou des experts. En matière criminelle, cette présence est obligatoire si l'avocat de la partie civile le demande. La partie civile dispose alors d'un délai de quinze jours pour présenter des observations ou formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise. La contre-expertise demandée par la partie civile est de droit. Elle doit être accomplie par au moins deux experts ».

<sup>1049</sup> Article 706-120 du Code de procédure pénale.

<sup>1050</sup> Article 706-122 du Code de procédure pénale.

<sup>1051</sup> Article 706-123 du Code de procédure pénale.

<sup>1052</sup> Article 706-124 du Code de procédure pénale.

<sup>1053</sup> Article 706-125 du Code de procédure pénale.

<sup>1054</sup> J. GALLOIS, S. GOUDJIL, M. Majorczuk, A. OUDAOU et L. PIGNATEL, « L'effet thérapeutique du procès pénal », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 157 s., spéc. p. 162.

des victimes »<sup>1055</sup>, usant pour cela de la valeur déclarative de la loi pénale. La matière est désormais dotée d'une nouvelle fonction, celle de guérir, apaiser et réduire la douleur de ceux qui ont souffert.

De fait, ce mouvement que l'on appelait *victimaire* a consisté à attribuer au droit pénal un rôle thérapeutique, destiné à apaiser et soulager les victimes d'infractions. Pour autant, cette multiplication des fonctions et des attributions de la matière n'est parfois que superficielle. Le droit pénal rencontre des difficultés à répondre à toutes les fonctions qui lui sont attribuées. Les individus cherchent d'autres scènes que le procès pour s'exprimer et rechercher un artefact de satisfaction telles que les réseaux sociaux ou la justice restaurative<sup>1056</sup>. Quoiqu'il en soit, tout cela souligne parfaitement le fait que, pour l'instant, la place de la victime n'a pas été trouvée, le droit pénal ne remplit pas encore de façon convenable sa vocation sédative.

## § 2 – L'échec de la fonction déclarative

**271. Le rocher de Sisyphe.** La réponse de la norme à la normalité par l'émergence d'une fonction déclarative ne semble pas porter ses fruits. Le contentement des individus ne saurait être de longue durée. Après avoir remonté la pierre en haut de la colline, toujours celle-ci retombera et, toujours, il faudra la remonter. La réponse apportée par le droit pénal ne sera jamais suffisante. Le désir est nécessairement insatisfaisant car éternellement renaissant. Les attentes sont insatiables. Jamais, l'opinion publique ne pourra être satisfaite. Jamais, les victimes ne trouveront dans la justice pénale la réponse à leur peine. La fonction déclarative de la loi est une fonction intarissable.

**272. Une normalité variable.** À cela s'ajoute le fait que l'existence même de normalité est douteuse. Qu'est-ce que l'opinion publique ? Qui sont les victimes ? Partagent-elles la même voix ? Leurs attentes sont-elles similaires ? Qu'est-ce qui permet d'estimer que la normalité correspond à une pensée plutôt qu'une autre ? Le souhait de répondre à la normalité semble biaisé dès sa source si l'on admet que la normalité n'existe pas. Ainsi, l'existence d'attentes insatiables (A), se couple avec l'inexistence d'une normalité (B).

---

<sup>1055</sup> Y. JOSEPH-RATINEAU, « La privatisation de la répression pénale » RCS 2014, p. 883 s., spéc. p. 883.

<sup>1056</sup> Voir *infra* n° 529 s.

### A. Des attentes insatiables

**273. Une cure inefficace.** L'usage de la fonction déclarative de la loi, que ce soit pour répondre à l'opinion publique dans sa globalité ou à une victime déterminée, semble nécessairement vain. À l'image de Tantale placé au milieu d'un fleuve et sous des arbres fruitiers qui voit le fleuve s'assécher à chaque fois qu'il souhaite y goûter, ou les fruits s'éloigner de sa main dès qu'il manifeste l'envie de les attraper, le législateur ne saurait satisfaire pleinement et entièrement les honnêtes gens dont les revendications renaissent dès que les précédentes sont comblées.

L'inefficacité de ce système est palpable. Au fil des réformes, le droit pénal échoue à contenir et répondre de façon satisfaisante à la douleur des victimes. La quête de l'apaisement est une quête insatiable. La douleur est infinie et il serait vain de penser pouvoir l'apaiser par le droit car « la souffrance de la victime est toujours en excès par rapport à la réparation que la justice peut lui offrir, donc elle est potentiellement infinie »<sup>1057</sup>. L'émulsion engendrée par les faits divers, relayée par les médias et ressentie par les victimes ne saurait trouver une satisfaction pleine et entière dans la réponse pénale. La matière semble trop binaire et trop rudimentaire pour répondre à ces attentes multiples et éparses.

Cet échec engendre l'émergence d'une nouvelle justice, une justice précaire, rudimentaire, celle de la vengeance. L'émergence des réseaux sociaux et la prolifération des hashtags paraît soulager les victimes qui se contentent du soutien apporté par des inconnus, commentant et partageant en masse leur souffrance comme en témoignent les phénomènes « #meeto » ou « #balancetonporc ». Alors que le droit avait pour objet de remplacer la vengeance privée, la matière ne suffit plus. Les victimes cherchent ailleurs le repos et la compréhension.

**274. Un besoin de consolation impossible à rassasier**<sup>1058</sup>. Réforme après réforme, le droit pénal s'épuise dans cette quête. L'exemple de la prescription de l'action publique, lorsqu'elle s'intéresse au sort des mineurs victimes, illustre parfaitement cette recherche inépuisable. Les évolutions de l'institution se sont succédées sans même s'enquérir de leurs effets, afin de

---

<sup>1057</sup> D. SALAS, *Faut-il juger et punir les malades mentaux criminels ?*, Eres, 2009, p. 8 s. cité par C. SAAS, « Victime en justice : la place de la victime dans le droit pénal français », *Vacarme* 2004, n° 27, p. 47 s., spéc. p. 47 ; D. SALAS, « Pourquoi punir », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, 2001, p. 6 s.

<sup>1058</sup> Titre emprunté à S. DAGERMAN, *Notre besoin de consolation est impossible à rassasier*, Acte sud, 1952.

satisfaire ceux qui ne voyaient en elle qu'un obstacle à la justice, et non la justice elle-même. Pour autant, jamais la prescription de l'action publique n'a réussi à satisfaire. Le simple fait de son existence suffit à mécontenter l'opinion publique et bouleverser les victimes, à croire que seule l'imprescriptibilité contenterait. De la même manière, l'augmentation récurrente des peines d'emprisonnement concernant les infractions sexuelles<sup>1059</sup> n'a pas pour autant annihilé la volonté de vengeance contre leur auteur. Il suffit d'un nouveau scandale et d'un fait divers pour que le droit apparaisse de nouveau lacunaire et insuffisant. Inlassablement, la législation est remise en cause et présentée comme une justice laxiste. Inlassablement, le législateur tente d'affirmer l'écoute portée à la douleur des victimes et la volonté d'y répondre. Cependant, la fonction déclarative de la loi ne saurait être satisfaisante. Les dérogations ne suffisent pas, même la perpétuité semble trop courte pour ceux qui souffrent. Tout le système fonctionne en vase clos : « la dangerosité renforce le sentiment d'insécurité qui, à son tour, renforce l'idéologie sécuritaire ou un désir de plus en plus fort de sécurisation qui, à son tour, exacerbe la perception du danger »<sup>1060</sup>. En acceptant les craintes de l'opinion publique et en les intégrant juridiquement, le législateur n'y répond pas et ne fait que les attiser.

L'idée selon laquelle le procès délivrerait les êtres de la confusion et de la souffrance ne se réalise jamais. L'atteinte aux mœurs engendre une réaction si vive que le droit n'est que source d'insatisfaction. Il est dès lors étonnant de lire au sein de travaux parlementaires des propos se voulant de vérité générale tels que : « Les associations de victimes estiment à deux millions le nombre de personnes concernées par des actes incestueux. Des centaines de milliers de personnes, peut-être plus d'un million, ne pourront jamais se reconstruire si cette infraction n'est pas reconnue »<sup>1061</sup>. Comment est-il possible de réduire les demandes des victimes à la seule condamnation pénale<sup>1062</sup> ? La reconnaissance par la justice est certes importante, mais sa sacralisation ne fait que creuser le gouffre avec la réalité.

**275. La superficialité des réponses apportées.** Par ailleurs, il est permis de se demander si ces lois déclaratives ont réellement pour objet de contenter définitivement les victimes. B. LAVIELLE formule une interrogation à propos de la rétention de sûreté qui pourrait être appliquée à chaque nouvelle loi déclarative. L'auteur déclare : « À moins que l'objet de cette

---

<sup>1059</sup> Voir *supra* n° 140 s.

<sup>1060</sup> J.-F. BERT, « Évolution et critique du concept de dangerosité dans la criminologie : la mise en perspective foucauldienne », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 157 s., spéc. p. 163.

<sup>1061</sup> B. ROMAN, Rapport de l'Assemblée nationale n° 2744 du 6 mai 2015, préc. cit.

<sup>1062</sup> Sur la place de la victime repensée, voir *infra* n° 533 s.

loi comme celui de la dernière loi sur les manèges ou encore les chiens dangereux ne soit que de répondre dans l'instant à la légitime émotion des victimes par un texte qui manifeste une empathie de façade et au fond un grand désintéret sur les vraies difficultés de ceux qui souffrent sans l'avoir choisi »<sup>1063</sup>. En effet, le doute est légitime. Il est impensable que le législateur n'ait jamais remarqué la distension entre les attentes formulées et les réponses apportées. La vision arborée par le législateur est limitée. Les intérêts à court terme sont priorisés. Peut-être que ce dernier préfère, du moins dans l'immédiat, soigner plutôt que guérir.

**276. Un objectif éclaté.** Le tribunal de l'opinion demande au droit de normaliser les individus, d'empêcher la récidive, de soigner les criminels. Devant ce patchwork d'objectifs, la loi pénale peine à contenter tout le monde. Le droit pénal est incapable de répondre avec justesse aux acclamations de l'opinion car jamais il ne pourra nier les principes généraux dans leur ensemble au point de faire des infractions sexuelles des infractions dénuées de toute procédure<sup>1064</sup>. De plus, quand bien même cela serait le cas, l'effet engendré est à relativiser. Cela n'aurait sans doute pas pour conséquence la satisfaction des attentes, puisque le régime exorbitant que connaissent ces infractions n'est jamais suffisant. Ainsi, tôt ou tard, la fonction déclarative poussera une nouvelle fois la loi dans ses retranchements.

Si les attentes sont insatiables, si le droit pénal est trop rudimentaire pour répondre à la pluralité des souffrances, la volonté de répondre à la normalité est également compromise par le fait que cette dernière n'existe pas. L'idée d'une masse de citoyens uniforme que le législateur serait tenu de contenter apparaît comme un mirage. L'opinion publique n'existe pas.

## **B. Une normalité inexistante**

**277. La remise en question de l'existence d'une opinion publique.** Les mœurs se fondent sur l'idée d'une collectivité partageant et ressentant une même morale. Cette collectivité sera alors considérée comme étant la normalité. Par un effet de renvoi, la norme juridique va tenter de répondre à la norme sociale. Toutefois, lorsque l'on s'intéresse à la question de la normalité et celle de l'opinion publique, les célèbres mots de P. BOURDIEU résonnent inévitablement :

---

<sup>1063</sup> B. LAVIELLE, « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *Gaz. Pal.* 2008, n° 64, p. 2 s.

<sup>1064</sup> Sur la négation actuelle des grands principes juridiques, voir *infra* n° 288 s.

« l'opinion publique n'existe pas »<sup>1065</sup>. La question se pose, qu'est-ce que l'opinion publique ? Qu'est-ce que la normalité ? Comment peut-on affirmer que l'opinion publique souhaite une chose plutôt qu'une autre ? Difficile d'englober les citoyens et encore davantage leurs idées sous un même paradigme. Difficile d'admettre une pensée universelle et unanime, quand bien même les sondages laisseraient penser à l'existence d'une cohésion. Il s'agit d'un artefact de consensus destiné à influencer et justifier les manœuvres politiques, car « autour de la justice et au sein même de son activité, gravitent les sommations multiples et déstabilisantes, souvent contradictoires, du tribunal de l'opinion. Celle-ci, il faut le rappeler, est une représentation construite par les sondages, la presse, les médias de masse (et les discours qui s'y affrontent) qui s'appuie sur les sentiments d'une population »<sup>1066</sup>.

P. BOURDIEU insiste sur ce phénomène en affirmant que « l'homme politique est celui qui dit : "Dieu est avec nous". L'équivalent de "Dieu est avec nous", c'est aujourd'hui "l'opinion publique est avec nous" »<sup>1067</sup>. Tel est l'effet fondamental de l'enquête d'opinion : affirmer l'idée qu'il existe une opinion publique unanime, capable de légitimer une politique pénale. En effet, en convoquant l'opinion commune, « le locuteur en appelle en creux au blâme et à la désapprobation sociale que suscite la non-conformité, persuadant les interlocuteurs de se rallier à sa cause sous peine d'être exclus de la normalité, présente ou à venir »<sup>1068</sup>. Ainsi, le législateur adopte de nombreuses réformes destinées à répondre à une norme sociale qui n'existe pas.

Par ailleurs, l'idée même que le législateur suive une opinion est parfaitement inquiétante. À ce titre, il est nécessaire de distinguer le Parlement dans ce qu'il a de plus grand, de plus superbe, en tant que représentant de la volonté générale et l'opinion publique en tant que masse tout à la fois inerte et insurgée. Il ne s'agit pas ici de remettre en question la démocratie, mais seulement l'influence des interpellations plurielles et confuses d'une opinion publique qui *hashtag* le pouvoir exécutif au moindre sursaut<sup>1069</sup>. Le législateur trompe et se trompe en invoquant l'existence d'une normalité. Par ailleurs, comment peut-on faire reposer une règle de droit sur l'opinion publique ?

---

<sup>1065</sup> P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, janvier 1973, p. 1292 s., spéc. p. 1292.

<sup>1066</sup> D. SALAS, « Opinion publique et justice pénale. Une rencontre impossible ? », *Le Temps des médias* 2010, n° 15, p. 99 s., spéc. p. 99.

<sup>1067</sup> P. BOURDIEU, « L'opinion publique n'existe pas », art. pré., spéc. p. 1293.

<sup>1068</sup> L. KAUFMANN, « L'opinion publique ou la sémantique de la normalité », *Langage et société* 2002, n° 100, p. 49 s., spéc. p. 70.

<sup>1069</sup> S. PAPIILLON, « La ligue du LOL, la prescription ne tient plus qu'à un tweet », *Dalloz actualité* du 21 février 2019.



**278. La remise en question de la valeur attribuée à l'opinion publique.** En s'interrogeant sur cette notion d'opinion, il est possible de constater que le terme en lui-même revêt un aspect péjoratif<sup>1070</sup>. En effet, au sens philosophique, l'opinion est une idée tenue pour vraie sans examen critique. L'opinion n'est qu'une affirmation infondée, loin de la raison. Elle est celle du gros animal, « appelant bon ce qui le réjouit, et mauvais ce qui l'importune, sans pouvoir légitimer autrement ces qualifications » comme l'entend PLATON dans son ouvrage *La République*<sup>1071</sup>. bercée par le pain et les jeux qui lui sont offerts, *Panem et circenses*<sup>1072</sup>, l'opinion publique est dissimulée derrière l'image de la foule et ne détient ni les connaissances ni l'objectivité suffisante pour justifier entièrement et à elle seule une règle de droit. Punir des individus en raison du fait que quelques-uns souffrent atrocement à l'idée que d'autres puissent avoir une sexualité déviante n'a aucun sens. Selon J. S. MILL, si l'on admet l'existence de préjugés émotionnels auxquels le droit pénal serait chargé de répondre, cela reviendrait à admettre des systèmes de contrôle infini au mépris de nos libertés<sup>1073</sup>. Fonder une législation sur le dégoût et l'indignation de l'opinion publique est inconcevable. Le droit pénal ne saurait se soumettre aux émotions sans se fourvoyer et se réduire à un moralisme dangereux<sup>1074</sup>.

La réponse de la norme à la normalité ne saurait être satisfaisante pour la simple raison qu'elle s'appuie sur un référent inexistant. La norme sociale n'existe pas. Il est impossible de considérer l'existence d'une opinion unanime capable de modeler la norme juridique. De même, la notion de majorité est délicate à trouver car les voix ne s'élèvent pas toujours de la même manière et sans doute pas avec la même intensité. De fait, en souhaitant répondre à la normalité, la norme juridique répond à une question jamais posée. Toutefois, rappelons qu'à l'inverse, la norme juridique se présente également en tant que dispositif de normalisation des individus<sup>1075</sup>. Ainsi, à défaut d'opinion publique préexistante, le droit pénal se propose d'en créer une. Les individus n'auraient alors qu'à s'y conformer pour intégrer la norme sociale. Cependant, la croyance en ce cercle bénéfique d'influence réciproque entre norme sociale et norme juridique comporte des risques pour les fondements et l'efficacité de la matière pénale. Cette quête de normalisation

---

<sup>1070</sup> Selon l'Académie française l'opinion serait définie ainsi : « Sentiment, idée, point de vue ; jugement que l'on porte, sans que l'esprit le tienne pour assuré, sur une question donnée ». [www.academie-francaise.fr](http://www.academie-francaise.fr), v° opinion.

<sup>1071</sup> PLATON, *La République*, Flammarion, 1966.

<sup>1072</sup> Cette expression, utilisée dans la Rome antique, dénonce l'usage par les empereurs romains de distributions de pain et d'organisation de jeux afin de flatter le peuple, s'attirer sa bienveillance, tout en le détournant des grandes questions politiques.

<sup>1073</sup> J. S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, 1990.

<sup>1074</sup> R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Folio, 2007, p. 93 s.

<sup>1075</sup> Voir *supra* n° 223 s.

est une quête épineuse dont il semble nécessaire d'étudier les conséquences effectives ou potentielles.

**279. Conclusion de la Section 2.** Par un effet circulaire, le droit pénal tend à influencer les citoyens par l'usage de la norme, mais il tend également à répondre à leur normalité. Aussi, en s'appuyant sur une prétendue normalité caractérisée par l'opinion publique et le vaste cercle des victimes, le législateur utilise l'arme pénale comme un moyen de réponse et de satisfaction. Comme s'il s'agissait de l'unique possibilité pour répondre aux maux, la matière pénale est invoquée aux moindres faits divers. Si ce constat est loin de se limiter aux infractions sexuelles, ces dernières n'en demeurent pas moins les premières touchées par ce processus en raison de leur exposition. L'atteinte aux mœurs centralise les regards et parsème les esprits. Cependant, le droit pénal échoue nécessairement dans cette quête car les attentes ne cessent de se déplacer et de se gonfler. Les attentes sont insatiables et la matière pénale n'est pas disposée à les satisfaire. Par ailleurs, fonder une partie du droit pénal sur la notion d'opinion publique se révèle inquiétant. Impossible à déterminer, la volonté de la contenter s'avère vaine. La norme ne saurait répondre à une normalité qui n'existe pas.

**280. Conclusion du Chapitre 1.** Les raisons à l'appui de l'immixtion de la morale dans le droit pénal sont duales. La première répond au souhait titanesque de normaliser les individus immoraux par l'usage de la norme. Pour cela, la loi se fait expressive et préventive. Lorsqu'elle exprime, elle espère imprimer la *bonne* sexualité dans les esprits. Lorsqu'elle prévient, elle souhaite au contraire écarter de la société ceux qui n'auraient pas intégré la *bonne* sexualité. La prévention apparaît ainsi dans un second temps en vue de rattraper les individus que l'expression aurait épargnés.

Au-delà de cette volonté de normaliser, le législateur fait également usage de la norme en tant que réponse à la normalité, c'est-à-dire, aux honnêtes gens. La loi devient alors déclarative et s'inscrit dans une politique d'affichage destinée à contenter les citoyens et les victimes. bercé par l'émotion, le législateur s'épuise dans une quête tendant à contenter une opinion publique qui n'existe pas. La prolifération législative n'est donc plus une fin en soi, mais un moyen de réponse. Un instrument de communication.

L'immixtion des mœurs dans le droit pénal s'explique donc par un fourmillement d'intérêts qui se répondent et se complètent. En voulant normaliser les citoyens et répondre à la normalité,

les fonctions de la loi pénale se multiplient si bien que la fonction originelle, la fonction répressive<sup>1076</sup>, tend à disparaître ou, tout du moins, à devenir subsidiaire. La répression est sacrifiée au profit du symbole. Pourtant, cette utilisation pernicieuse du droit pénal n'est pas sans risque pour la matière et ceux auxquels elle s'applique. Inefficace voire dangereuse, l'influence des mœurs sur le droit pénal s'avère toxique.

---

<sup>1076</sup> P. PONCELA, « Éclipse et réapparition de la rétribution en droit pénal », in *Rétribution et justice pénale*, PUF, 1983, p. 11 : « la notion de rétribution est l'autre nom de la peine : punir c'est toujours rétribuer ».

## Chapitre 2 – Les effets toxiques de l'influence

**281. Des lois et des hommes.** Après avoir démontré l'influence des mœurs sur le droit pénal et les raisons qui la justifie, il est désormais essentiel de déconstruire l'intérêt de cette interférence. Au-delà des objectifs pluriels du législateur qui conduisent à faire coïncider la loi et les mœurs, les effets toxiques apparaissent. L'utilisation féroce du droit pénal pour réguler les comportements intimes des individus n'est pas sans risque pour la matière. À vouloir tout voir et tout savoir, celui-ci s'épuise et les effets de son usage hégémonique s'avèrent parfois nuisible.

À la fois répressive, expressive, préventive, déclarative ou thérapeutique, la loi pénale s'essouffle et se fragilise sous le poids des fonctions qui lui sont attribuées. L'influence des mœurs menace le sens de la matière que l'on destine à tout régir, soigner et guérir. Ce qui constitue l'origine même de la loi pénale, sa fonction répressive, disparaît sous l'utilisation pulsionnelle de cette dernière.

**282. Des lois.** La loi pénale ne peut que souffrir du sort qui lui est réservé. Face à l'influence des mœurs, le fond et la forme des lois s'érodent. La judiciarisation de l'intime se fait au sacrifice des libertés individuelles. La punition est oubliée au profit d'objectifs protéiformes. De plus, la rapidité avec laquelle les lois sont adoptées et réformées à chaque nouveau fait divers, conduit à altérer leur qualité pourtant essentielle à leur parfaite application.

**283. Des hommes.** Parallèlement, les justiciables souffrent de cette influence des mœurs sur le droit pénal. De l'auteur de l'infraction à la victime réelle ou supposée, les effets pervers de cette influence retentissent. La fusion qui s'opère parfois entre l'ordre moral et l'ordre public engendre une déshumanisation invariable des individus auteurs d'infractions sexuelles, réduits et conditionnés à leurs actes. De même, la victime ne saurait se satisfaire du sort qui lui est réservé. Plongée dans un système au sein duquel elle ne trouve pas sa place, ou conditionnée, malgré elle, à un statut à travers lequel elle ne semble pourtant pas se reconnaître, la victime subit également cette interférence. Par l'utilisation détournée des valeurs sociales protégées,

telles que la protection de la dignité ou de la minorité, en vue de garantir la moralité, le droit va jusqu'à mettre en danger ceux qu'il prétend protéger.

**284. Annonce de plan.** Ainsi, de la loi pénale (**Section 1**) aux justiciables (**Section 2**), les effets toxiques de l'influence de la morale traversent le droit pour atteindre les hommes.

## **Section 1 – Les risques pour la loi pénale**

**285. Utilisation funeste de la loi pénale.** La loi pénale apparaît comme étant le principal instrument de manifestation de l'interaction entre les mœurs et le droit. La prolifération des fonctions qui lui sont attribuées conduit à son utilisation déraisonnée, voire dangereuse. Dépassant la simple répression pour atteindre l'expression et la prévention, le sens de la loi pénale s'opacifie et sa forme s'érode.

Est-il réellement de son ressort de régir tous les comportements intimes ? Doit-elle dépasser l'ordre public, extérieur et matériel, pour délimiter l'ordre moral, personnel et intérieur ? Son rôle répressif serait-il devenu secondaire ? L'influence des mœurs sur le droit conduit à une judiciarisation de la sphère intime et menace la légitimité de la matière sans pour autant garantir son efficacité, bien au contraire.

La matérialisation formelle de la loi pénale s'avère également inquiétante. Alors que le nombre de textes d'incriminations ne cesse d'augmenter, la qualité de ces derniers n'en finit pas de diminuer. L'absolutisme du droit pénal induit une pénalisation d'empilement qui s'opère en méconnaissance du principe de légalité. Les infractions se superposent les unes aux autres et leur régime s'étire à l'infini sans considération pour les effets concrets d'une telle prolifération.

L'influence des mœurs sur le droit pénal menace à la fois la légitimité de la loi pénale (§ 1) et sa concrétisation matérielle (§ 2).

## § 1 – La légitimité menacée de la loi pénale

**286. Des hybridations monstrueuses de la loi pénale.** Les mœurs se sont immiscées au sein du droit pénal par le biais de la loi pénale. À l'image du panoptique de J. BENTHAM<sup>1077</sup>, le droit pénal s'intéresse insidieusement à la sexualité des individus afin de tendre à leur normalisation. Toutefois, ce procédé est alarmant car l'ingérence de la loi pénale dans la sphère intime dépasse l'objet du droit pour rejoindre celui de la morale<sup>1078</sup>. Aussi, l'influence des mœurs conduit à une sinistre judiciarisation de l'intime au dépend de certaines libertés individuelles et d'une efficacité matérielle (A). Dans le même temps, ce phénomène nécessite d'adapter les moyens nécessaires à la moralisation des individus. L'arme punitive ne suffit plus. À ce titre, l'arme médicale offre une perspective si satisfaisante que la loi pénale impulse un mouvement tendant à réduire la punition au profit d'une médicalisation, quand bien même celle-ci mettrait en péril l'essence même du droit pénal (B).

### A. Une malencontreuse judiciarisation de l'intime

**287. Une moralisation dangereuse.** La normalisation des individus par une pénalisation croissante des comportements sexuels porte atteinte au délicat équilibre entre le respect des libertés individuelles et l'objectif de sécurité. Effectivement, si les libertés sont sacrifiées en faveur d'une moralisation (1), il est inquiétant de constater que les résultats effectifs demeurent limités (2).

#### 1. Les libertés sacrifiées

**288. Une liberté sexuelle atrophiée.** Avant même de s'interroger sur l'atrophie de la liberté sexuelle, il est essentiel de poser clairement la question : existe-t-il une liberté sexuelle<sup>1079</sup> en droit pénal français ?

---

<sup>1077</sup> Structure carcérale permettant au gardien, dans une tour centrale, d'observer les détenus dans leur cellule sans que ceux-ci puissent le voir.

<sup>1078</sup> Sur le lien entre morale et droit, voir *supra* n° 1.

<sup>1079</sup> D. BORRILLO, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 38 s. Selon l'auteur la liberté sexuelle peut se définir comme « la capacité de l'individu à agir érotiquement sans contrainte ».

*A priori*, il existerait une liberté sexuelle rattachée à l'article 8 de la CESDH relatif à la protection de la vie privée. La CEDH n'a d'ailleurs pas hésité à lier expressément ces deux notions dans l'arrêt *Dudgeon c/ Royaume-Uni*<sup>1080</sup>.

S'il est arrivé que les juridictions de jugement s'en écartent parfois<sup>1081</sup>, la liberté sexuelle est usuellement rattachée à la vie privée<sup>1082</sup>. Partant, la première réaction lorsqu'on interroge la relation entre le droit et les mœurs consiste à dire que la société ne se désintéresse pas des mœurs, mais les aborde sous un nouveau paradigme<sup>1083</sup>. Il ne s'agit plus d'imposer une moralité publique mais de reconnaître la liberté sexuelle de tous<sup>1084</sup>. Toutefois, il s'agit moins d'un droit à la sexualité que d'un droit de développer une sexualité. Comme le souligne B. PY : « La nuance est essentielle. [...] la sexualité n'est pas un droit-créance mais un droit-liberté »<sup>1085</sup>. Les individus ne peuvent exiger une action positive de la part de l'État. La sexualité n'est pas une prestation obligatoire, elle est seulement libre et opposable. S'il est vrai que le droit reconnaît davantage de place à la liberté sexuelle qualifiée de révolution sexuelle, il semble néanmoins nécessaire de pondérer cette affirmation notamment au regard des infractions *lato sensu*<sup>1086</sup> précédemment exposées<sup>1087</sup>. En effet, la pénalisation de certains comportements sexuels, notamment ceux pour lesquels il n'existe aucune victime<sup>1088</sup>, ne s'embarrasse pas de l'existence d'une quelconque liberté sexuelle. Le fait de punir un individu qui regarderait des mangas pédopornographiques respecte-t-il la liberté sexuelle ? Est-ce qu'empêcher l'exercice de la prostitution par l'interdiction de tous les moyens qui lui sont nécessaires, respecte la liberté sexuelle ? Dévorant tout sur son passage, le législateur, guidé par les mœurs, n'hésite pas à

<sup>1080</sup> CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni* : « la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice du droit du requérant au respect de sa vie privée (laquelle comprend sa vie sexuelle) au sens de l'article 8 paragraphe 1 » de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette idée sera reprise plus tard quelques années plus tard (CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et n° 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique*).

<sup>1081</sup> En 1919, le Conseil d'État a estimé que la liberté sexuelle était déduite de la liberté individuelle, (CE 28 février 1919, n° 61593, *Isabelle Dol et Jeanne Laurent*). Plus tard, le tribunal a estimé par un jugement en date du 20 décembre 1990, que la liberté sexuelle était issue du droit au respect de la vie familiale : « il résulte des principes généraux du droit, et notamment du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution du 8 octobre 1958, que les nationaux ont le droit de mener une vie familiale normale ; que les relations sexuelles entre époux sont une manifestation de ce droit » (TA Paris, 20 décembre 1990, *M. et Mme B*, RFDA 1992, p. 545, conclusions S. MONTCHAMBERT).

<sup>1082</sup> TGI Bordeaux, 27 juillet 2004 ; D. 2004, p. 2392, note E. AGOSTINI.

<sup>1083</sup> Sur une proposition en ce sens, voir *infra* n° 363 s.

<sup>1084</sup> J. LEONHARD, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse, Nancy, 2011, p. 123 ; D. MAYER, « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs », in *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 56 s.

<sup>1085</sup> B. PY, « Droit, droits, liberté et santé sexuelle », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 55 s., spéc. p. 60.

<sup>1086</sup> C. COURTAIGNE-DESLANDES, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Droit pénal*, février 2013, étude n° 5.

<sup>1087</sup> Voir *supra* n° 177 s.

<sup>1088</sup> *Ibidem*.

remettre en cause cette liberté au profit d'une normalisation et d'une uniformisation de la vie intime des individus.

Si la reconnaissance de la liberté sexuelle semble erratique, cela s'explique notamment par son absence textuelle<sup>1089</sup>. Le principe n'est reconnu par aucune norme écrite. Face au développement d'un droit pénal moralisateur, elle apparaît comme une « liberté pas comme les autres »<sup>1090</sup>. Limitée de toute part, la liberté sexuelle est grignotée par la multiplication des infractions sexuelles. La barrière dressée par le consentement<sup>1091</sup> est loin d'être infaillible : l'indisponibilité du corps humain, la protection de la dignité, la protection des mineurs ou des personnes vulnérables, la sacralisation de la vie, l'égalité des sexes, tout permet de justifier son retrait. De fait, le Conseil constitutionnel, dans sa décision relative aux clients de la prostitution, a affirmé qu'« il appartient au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, l'objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public et de prévention des infractions et, d'autre part, l'exercice des libertés constitutionnellement garanties, au nombre desquelles figure la liberté personnelle »<sup>1092</sup>. Selon les Sages, cette conciliation était trouvée. La liberté sexuelle a donc toutes les raisons de se faire discrète. Confrontée aux autres forces, elle est aisément sacrifiée ou évincée. Les débats entourant la pornographie et la prostitution témoignent d'une liberté vidée de sa substance.

**289. Une liberté d'expression limitée**<sup>1093</sup>. Par ailleurs, le développement des infractions tendant à protéger la moralité induit une nouvelle forme de censure<sup>1094</sup>, ennemie directe de la liberté d'expression. Rappelons que la liberté d'expression est protégée de façon plurielle et étendue. L'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'homme (DDHC) dispose que

---

<sup>1089</sup> « Nous avons ainsi en droit conventionnel (...) un principe de liberté sexuelle, qui est rappelé de temps à autre au hasard des recours, d'où l'on déduit aisément que fornicer hors mariage est une liberté », J. CARBONNIER, *Droit civil*, PUF, 21<sup>ème</sup> édition, 2002, p. 684.

<sup>1090</sup> D. LOCHAK, « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 7 s.

<sup>1091</sup> Limite remise en question, voir *infra* n° 380 s.

<sup>1092</sup> Cons. const. 1<sup>er</sup> février 2019, DC QPC n° 2018-761, *JO* du 2 février 2019, § 9.

<sup>1093</sup> « La liberté d'expression est une conquête de la démocratie dans la mesure où elle conditionne l'exercice de tous les autres droits, parce qu'elle nourrit le débat public en diffusant les informations qui permettent d'exercer l'esprit critique (...). En ce sens c'est l'un des plus précieux de tous les droits » (M. DELMAS-MARTY, « La liberté d'expression conditionne l'exercice de tous les autres droits, entretien de Robert Badinter et Mireille Delmas-Marty », in *La liberté d'expression. Les grands textes de Voltaire à Camus*, Le Monde, Hors Série, mars 2015, p. 8 s.

<sup>1094</sup> Sur le sujet voir notamment : D. BECOURT, *Livres condamnés, livres interdits : régime juridique du livre, liberté ou censure ?*, Cercle de la librairie, 1972 ; D. BORRILLO, *Le droit des sexualités*, PUF, 2009, p. 149 s. ; N. ACH, « La police des publications licencieuses et pornographiques », in B. PY et N. DEFFAINS (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 139 s. ; A. MOINE, « La représentation de la sexualité au cinéma – Les critères juridiques de sa visibilité », in B. PY et N. DEFFAINS (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 166 s.



« tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considération de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit ». Cette protection a également été reprise par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques en son article 18, mais également à l'article 10 de la CEDH, à l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne ainsi qu'à l'article 11 de la DDHC. Pour autant, l'appréhension juridique de certaines formes de sexualité fait tituber ces grands textes. En matière de sexualité, les censeurs empruntent de multiples masques : ministre de l'Intérieur, ministre de la Culture, associations familiales, religieuses, autorités administratives, experts<sup>1095</sup>... La formulation même des incriminations peut être un censeur efficace.

À titre d'exemple, lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal, l'ancien délit d'outrage aux bonnes mœurs<sup>1096</sup> a été remplacé par plusieurs infractions, notamment le délit de diffusion de messages à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, susceptibles d'être vus ou perçus par un mineur, prévu à l'article 227-24 du Code pénal<sup>1097</sup>. Au regard de la rédaction dudit texte, il n'est pas nécessaire que le mineur y ait

---

<sup>1095</sup> A. TRICROIRE, « Le sexe et sa représentation artistique : la liberté de créer aux prises avec l'ordre moral », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 132 s. À ce titre, la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, JO du 31 juillet 2020 tend à instaurer un régime efficace de sanction fondé sur le fait de bloquer l'accès au service. L'article 23 de cette loi dispose que : « Lorsqu'il constate qu'une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel adresse à cette personne, par tout moyen propre à en établir la date de réception, une mise en demeure lui enjoignant de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé. La personne destinataire de l'injonction dispose d'un délai de quinze jours pour présenter ses observations.

A l'expiration de ce délai, en cas d'inexécution de l'injonction prévue au premier alinéa du présent article et si le contenu reste accessible aux mineurs, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner, selon la procédure accélérée au fond, que les personnes mentionnées au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique mettent fin à l'accès à ce service. Le procureur de la République est avisé de la décision du président du tribunal.

Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut saisir, sur requête, le président du tribunal judiciaire de Paris aux mêmes fins lorsque le service de communication au public en ligne est rendu accessible à partir d'une autre adresse.

Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut également demander au président du tribunal judiciaire de Paris d'ordonner, selon la procédure accélérée au fond, toute mesure destinée à faire cesser le référencement du service de communication en ligne par un moteur de recherche ou un annuaire. Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut agir d'office ou sur saisine du ministère public ou de toute personne physique ou morale ayant intérêt à agir.

Les conditions d'application du présent article sont précisées par décret ».

<sup>1096</sup> Article 283 de l'ancien Code pénal.

<sup>1097</sup> Sous l'emprise de l'ancien Code pénal, l'outrage aux bonnes mœurs ne prenait pas en compte l'âge des personnes qui pouvaient percevoir les propos ou messages outrageants. À l'heure actuelle, « le délit ne vise désormais que la sauvegarde de la seule moralité des mineurs », mais en a élargi le domaine puisque la pornographie, anciennement visée par le délit d'outrage aux bonnes mœurs s'est étendue à la violence ou aux atteintes à la dignité. Sur le sujet voir notamment B. NICAUD, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2011,

effectivement eu accès pour que l'infraction soit caractérisée. Il suffit que le message soit accessible. Partant, en se contentant d'une simple possibilité de perception du message, le texte d'incrimination risque d'en restreindre l'accès, laissant apparaître une censure déguisée<sup>1098</sup>, qu'elle soit ou non voulue. À cet égard, J. LEONHARD cite le cas d'une condamnation d'un article de presse relatif à l'exploitation sexuelle de jeunes enfants au Brésil qui décrivait les pratiques sexuelles dégradantes auxquelles ils se livraient, selon le motif que cet article aurait pu tomber entre les mains d'un mineur<sup>1099</sup>. L'excuse scientifique ou artistique n'étant d'aucun effet, la protection des mineurs, c'est-à-dire de ceux qui auraient l'idée de s'intéresser au sort des jeunes enfants brésiliens, permet d'envisager l'existence de telles condamnations sur le fondement de l'article 227-24 du Code pénal. De même, impossible d'accéder sur internet aux photographies de L. CLARK dévoilant la vie des adolescents bercés entre la drogue et la sexualité<sup>1100</sup>. Toutefois, certaines exceptions viennent confirmer la règle comme en atteste la décision de la Cour de cassation relative à l'exhibition de la poitrine d'une membre du Femen dans un lieu public. La Cour a estimé que le comportement poursuivi s'inscrivait dans au sein d'une protestation politique. Sa sanction aurait alors constitué une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression<sup>1101</sup>. Partant, dans ce cas précis, la liberté d'expression prend l'avantage sur la répression de l'infraction. Néanmoins, le risque du sacrifice de certaines libertés telle que la liberté d'expression, au nom de la protection de la morale, notamment celle du supposé mineur demeure.

**290. Entre liberté et sécurité, un équilibre fragilisé.** Ces diverses tentatives de normalisation de l'intime conduisent également à remettre en cause le délicat équilibre de la matière pénale. Si, de façon générale, le droit pénal est en mesure de restreindre nos libertés pour garantir notre sécurité, en la matière, il est difficile de déterminer ce que le droit pénal garantit en pénalisant les fantasmes déviants lorsqu'il n'existe pas de victime. Si la balance entre liberté et sécurité est laborieuse à trouver, en l'espèce, l'équilibre ne semble même pas recherché. Les individus et l'ordre public ne sont pas davantage protégés du fait de la peine encourue ou prononcée pour une personne dont les fantasmes semblent immoraux, pour la simple raison que ni l'ordre public ni les individus n'ont été blessés. La liberté n'est pas sacrifiée

---

n° 148 ; S. DETRAZ, *J-CI communication*, art. 227-24, fascicule 72 : Diffusion de messages nocifs pour les mineurs, mai 2021.

<sup>1098</sup> La chambre criminelle de la Cour de cassation a d'ailleurs refusé de transmettre une QPC notamment sur le fondement d'une atteinte à la liberté d'expression, Cass. crim. 12 janvier 2016, n° 15-90.020.

<sup>1099</sup> CA Paris, 11 mars 1998, JurisData n° 1998-020757.

<sup>1100</sup> L. CLARK, Musée d'Art moderne de la vie de Paris, 2010.

<sup>1101</sup> Cass. crim. 26 février 2020, n° 19-81.827 ; *Dalloz actualité* du 6 mars 2020, obs. A. BLOCMAN.

au profit de la sécurité, mais au regard de la moralité. Contrairement aux autres infractions, la protection des mœurs n'est pas subsidiaire, au contraire, elle est visée à titre liminaire. Cela conduit à l'émergence d'une société paternaliste, empruntant certains automatismes aux États totalitaires<sup>1102</sup>, sans pour autant y succomber pleinement. Cette volonté de tout voir, de tout savoir, de tout encadrer, ce basculement de l'intime à la lumière, ce culte pour la visibilité, ne peut se concevoir dans une société démocratique. Comme l'affirme L. FLEM : « La société nous a obligé à refouler certaines choses [...] il faut qu'il y ait des coulisses à la vie sociale, [...] le but [de la psychanalyse] n'est bien sûr pas que cette partie-là de nous soit transparente, la transparence c'est... j'allais dire du fascisme, enfin c'est une chose très dangereuse en réalité »<sup>1103</sup>. Si même la psychanalyse ne doit pas tout nous révéler à nous même, peut-on demander au droit de le faire aux yeux de tous ? Notre société contemporaine semble renouer avec ses vieux démons par la pénalisation d'infractions sexuelles, aux reflets expiatoires<sup>1104</sup>. Cette juridiciarisation de la sphère intime est inquiétante en ce qu'elle propose au droit d'être la mesure du bien et du mal destinée à forger les esprits jusque dans leur intimité. Ainsi, la normalisation des individus conduit à modifier le sens du droit pénal et sa raison d'être. Ce constat est fâcheux car il laisse présager une perte de rigueur et de rationalité que l'on serait légitimement en droit d'attendre de la matière pénale et plus généralement du domaine juridique.

La normalisation des individus ne saurait se faire sans répercussions. Infiltrer la pensée des individus conduit à dépasser une certaine limite et bafouer le respect des libertés fondamentales. Sous couvert de protéger la minorité, la dignité, l'égalité des sexes, ce sont finalement les libertés telles que liberté sexuelle ou la liberté d'expression qui sont oubliées. Ce constat apparaît d'autant plus surprenant que l'efficacité d'une telle démarche reste à tout le moins limitée, si ce n'est inexistante.

---

<sup>1102</sup> « Un auteur a analysé la suppression de toute sphère privée, de toute intériorité comme le propre des régimes totalitaires. De ce fait, la conception moderne de l'État de droit exclut un contrôle étatique de la moralité des actes accomplis dans la sphère privée », B. LAVAUD-LEGENDRE, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits* 2009, n° 49, p. 57 s., spéc. p. 78.

<sup>1103</sup> Podcast : L. FLEM, *Les chemins de la philosophie – La vie secrète des philosophes* (4/5), Freud, confidences pour confidences.

<sup>1104</sup> A. GARAPON, « Droit et morale dans une démocratie d'opinion », in A. GARAPON et D. SALAS (dir.), *La justice et le mal*, Édition Odile Jacob, p. 191 s., spéc. p. 191 : « On voit même revenir dans nos sociétés des réactions qui prennent les allures d'une expiation sacrificielle, d'un retour du mécanisme du bouc émissaire comme en matière de crimes sexuels dont des enfants sont victimes. Dans la répression de l'adultère c'est l'immoralité qui était condamnée ; aujourd'hui c'est plutôt la pulsion monstrueuse que l'on cherche à exorciser ».

## 2. Une efficacité limitée

**291. Vers une indifférence de la menace.** L'habitude a été prise de recourir au droit pénal pour condamner ce que les autres droits échouaient à imposer<sup>1105</sup>. Cependant, à vouloir contenir et régir la totalité des comportements sexuels, le droit pénal s'essouffle et sa force contraignante diminue. L'intimidation est si présente que les citoyens ne tremblent plus<sup>1106</sup>. Finalement, à vouloir tant contrôler, l'État finit par susciter la désobéissance. L'inflation législative pousse à rassembler et confondre le principal et le secondaire. La matière ne hiérarchise plus son champ d'intervention. Elle intervient partout, pour tout. De l'outrage sexiste<sup>1107</sup> aux clients des personnes prostituées<sup>1108</sup>, au même titre que le *upskirting*<sup>1109</sup> dès qu'il existe une volonté de faire respecter un certain comportement, la menace de la peine réapparaît. Certains auteurs font remarquer que « le droit criminel ne gagne rien à cette singulière surenchère répressive : bien au contraire, il perd tout de sa force dissuasive, par la confusion qui ne manque pas alors de se créer entre ce qui est essentiel et ce qui devrait être secondaire »<sup>1110</sup>. Les citoyens finissent par s'habituer aux menaces de la sanction pénale. Le coup de sifflet permanent conduit les individus à accepter son retentissement, appliquant le proverbe populaire selon lequel un chien qui aboie est un chien qui ne mord pas. L'inflation engendre une dévalorisation. « Quand le droit bavarde, le citoyen ne lui prête plus qu'une oreille distraite »<sup>1111</sup>. L'État échoue à créer un ordre social conforme à ces interdictions ; pire encore, il suscite la confusion et l'indifférence.

---

<sup>1105</sup> Un tel constat s'effectue en droit pénal des affaires, de l'environnement, de la famille... Voir notamment C. POMART-NOMDEDEO, « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Droit de la famille*, septembre 2010, étude n° 20 ; sur la sur-exploitation du droit pénal et de sa fonction symbolique voir également A. DARSONVILLE, « La pertinence des valeurs sociales protégées », in P. P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPIILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 35 s., spéc. p. 42 s.

<sup>1106</sup> D. SALAS, *La volonté de punir*, Hachette littérature, 2005, p. 227 : « La volonté de punir s'épuise à vouloir contenir le foisonnement des déviations inhérentes à une société d'individus libres ».

<sup>1107</sup> Article 621-1 du Code pénal, sur le sujet voir également ; A. DARSONVILLE, « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ Pénal* 2017, p. 532 s. ; S. DETRAZ et L. SAENKO, « La loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », *D.* 2018, p. 2031 s. ; J.-C. PLANQUE, « Ne créez pas le délit d'outrage sexiste ! », *JCP* 2017, n° 50, p. 1314 s. ; M.-L. RASSAT, « De la création d'un "outrage sexiste et sexuel" », *Droit pénal*, avril 2018, étude n° 7 ; C. SAAS, « Harcèlement de rue ou le droit à être dans l'espace public », *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 81 s. ; V. TELLIER-CAYROL, « Non à l'outrage sexiste ! », *D.* 2018, p. 425 s.

<sup>1108</sup> Article 611-1 du Code pénal.

<sup>1109</sup> L'article 226-3-1 du Code pénal dispose que « Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende ».

<sup>1110</sup> Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s., spéc. p. 600.

<sup>1111</sup> Conseil d'État, Rapport public 1991, La doc. française, 1992-43, p. 19.

Or, il convient de toujours réserver l'incrimination à ce qui engage la société tout entière et son organisation, tâchant de ne jamais s'éloigner du fondamental<sup>1112</sup>. Cette remarque semble d'autant plus vraie que le non-respect du principe de nécessité peut s'avérer contreproductif et les effets qui en émanent sont nécessairement hasardeux. La judiciarisation de la sphère de l'intime est dangereuse car elle dépasse les limites du droit et de la société démocratique pour infantiliser et diaboliser l'intimité quand bien même cette dernière se limiterait aux parois de la pensée. Le sens de la matière et de la démocratie sont remis en question par la valorisation d'une uniformité des consciences induite par une justice de précaution. En s'immisçant dans le droit par le biais de la sexualité, il est à craindre que cette démarche se diffuse et s'étende au reste des domaines.

**292. Des comportements résistants.** Par ce procédé, le droit pénal n'a pas pour conséquence d'éradiquer l'immoralité, notion nécessairement subjective. La pénalisation de certains de ces comportements ne les élimine pas, au contraire, elle modifie les circuits par lesquels ils vont s'exprimer. Du fait de sa pénalisation rigoureuse, la pédopornographie n'a pas disparu d'internet, cette dernière s'est seulement déplacée vers d'autres profondeurs, communément appelées le *darknet*. De même, la pénalisation de tout ce qui entoure la prostitution n'a pas pour effet de supprimer la prostitution, cela conduit seulement à la déplacer vers d'autres lieux, corporels ou incorporels<sup>1113</sup>. Les personnes prostituées désertent ainsi les centres villes pour des lieux excentrés ou des sites internet. Ce constat a d'ailleurs été fait par la rapport rendu par la délégation aux droits des femmes ; « La prostitution de rue a fortement diminué pour se déporter vers des zones périphériques tandis que la prostitution en intérieur, dite prostitution « logée », s'est fortement développée. La mise en relation entre les clients et les personnes qui se prostituent se fait désormais majoritairement par Internet ou *via* les réseaux sociaux. Les victimes de la prostitution se sont donc progressivement déplacées de l'espace public vers l'espace numérique ou privé. En 2020, la prostitution est pratiquée à plus de 90 % dans des hôtels ou des appartements privés. Au moment du vote de la loi de 2016, la prostitution sur la voie publique représentait plus de la moitié de la pratique prostitutionnelle en France contre seulement 9 % aujourd'hui »<sup>1114</sup>. Cette nécessité de s'adapter aux interdictions conduit ainsi les

---

<sup>1112</sup> Sur une redéfinition du principe de nécessité en vue de son application, voir *infra* n° 349 s.

<sup>1113</sup> Sens contraire voir notamment A. DARSONVILLE, « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2014.

<sup>1114</sup> Délégation aux droits de femmes, compte rendu du 27 mai 2021 disponible sur [http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210524/ddf\\_2021\\_05\\_27.html](http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210524/ddf_2021_05_27.html) (Dernière consultation le 31 août 2021).

personnes prostituées à emprunter de nouveaux circuits, non sans danger. L'utilisation croissante d'internet ne leur permet plus de choisir leurs clients et l'éloignement géographique contribue à les rendre plus vulnérables par l'absence de regard des honnêtes gens<sup>1115</sup>. De même, les clients se font plus rares et pour compenser cette diminution, les travailleurs du sexe doivent accepter davantage de pratiques jusqu'à présent refusées<sup>1116</sup>. À vouloir protéger les travailleurs du sexe, le droit pénal finit par les placer dans une situation de vulnérabilité. En se calquant sur le modèle suédois, la France adopte également ses faiblesses. De fait, « si la police a relevé une diminution très nette du nombre de prostituées de rue, l'on observe, à l'inverse, une augmentation de l'offre en ligne de relations sexuelles, ainsi que du nombre d'établissements spécialisés. Trois rapports remis au gouvernement suédois entre 2000 et 2001 n'ont pu conclure à une baisse significative du nombre global de prostituées en Suède<sup>1117</sup> »<sup>1118</sup>. Le droit pénal échoue à vouloir contenir toutes les déviances, pire encore, il en aggrave les méthodes<sup>1119</sup>.

Les effets concrets qui émanent de la judiciarisation de l'intime sont dangereux. Qu'il s'agisse d'une mise en danger de la personne que l'on souhaite protéger, de la restriction de la liberté sexuelle ou du sacrifice de certaines libertés au profit de la sécurité, la matière pénale échoue dans son objectif de moralisation. Le souhait de robotisation des individus est à la fois risqué et inefficace. Cette érosion du droit pénal se retrouve également dans les armes qu'il emploie. Après avoir étendu sa fonction, allant jusqu'à lui imposer une gestion de l'intimité, il a fallu étendre ses moyens en ajoutant à l'arme punitive l'arme médicale en dépit des risques inhérents à une telle démarche.

---

<sup>1115</sup> Évaluation de la loi du 13 avril 2016 visant renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées disponible, p. 38 s. sur [https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/06/rapport\\_prostitution.pdf](https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/06/rapport_prostitution.pdf) (Dernière consultation le 31 août 2021). P. JANUEL, « Prostitution : un rapport de l'inspection éreinte l'action du gouvernement », *Dalloz actualité*, 24 juin 2020.

<sup>1116</sup> Entretien avec l'association Cabiria, Lyon décembre 2017.

<sup>1117</sup> *Förbud mot Köp av Sexuella Tjänster : Tillämpning av Lagen under Första Året*, Stockolm, BRÅ (Brottsförebyggande Rådet), 2000 ; *Kännedom om Prostitution 1998-1999*, Stockholm, SoS (Socialstyrelsen), 2000 ; A. Nord et T. Rosenberg, *Rapport Lag om Förbud mot Köp av Sexuella Tjänster. Metodutveckling Avseende Åtgärder mot Prostitution*, Malmö, 2001.

<sup>1118</sup> N. LAURENT-BONNE, « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *D.* 2016, chron. p. 1713 s.

<sup>1119</sup> En dépénalisant le racolage pour le remplacer par la pénalisation des clients de la prostitution, le législateur supprime une infraction inefficace et dangereuse pour la remplacer par une autre infraction inefficace et dangereuse.

## **B. Un recul inquiétant de la punition classique**

**293. Une inéluctable déformation du droit pénal.** Puisque la normalisation des mœurs individuelles n'est pas, par essence, l'objet du droit pénal, en souhaitant s'en charger, la matière pénale a dû faire évoluer sa structure et développer de nouveaux outils. Désormais, l'hybridation de la matière pénale ne fait aucun doute, si bien que, pour reprendre les termes de M. FOUCAULT, « le vilain métier de punir se trouve ainsi retourné dans le beau métier de guérir »<sup>1120</sup>. Cependant, si l'arme punitive se révèle insuffisante pour répondre à ce souhait de moralisation (1), l'arme médicale s'avère également inadaptée (2).

### *1. L'insuffisance de l'arme punitive*

**294. L'ultime solution.** Alors que progressivement le droit pénal éthique s'est imposé, il n'en demeure pas moins que la fonction punitive est à l'origine de la matière. Le droit pénal est « l'*ultima ratio* de l'arsenal juridique, en cela il est subsidiaire ou auxiliaire »<sup>1121</sup>. Communément, son utilisation intervient en dernier recours, au bout de la chaîne des possibilités, lorsque les autres droits se sont avérés inefficaces<sup>1122</sup>. Le législateur fait appel à la matière pénale pour assurer le respect de certaines obligations par la menace de la sanction et le caractère infamant d'une telle condamnation<sup>1123</sup>. Concernant l'intimité, il est permis de constater l'émergence d'un droit pénal venu en soutien du droit de la famille, destiné à dresser des barrières solides entre ce que la société accepte et ce qu'elle refuse, comme en témoigne la pénalisation de l'inceste<sup>1124</sup> ou de la bigamie<sup>1125</sup>. Pourtant, cette ultime solution présente parfois des faiblesses, laissant le législateur dépossédé quant aux moyens à utiliser pour parvenir à moraliser les individus.

---

<sup>1120</sup> M. FOUCAULT, *Les anormaux. Cours au Collège de France. 1974-1975*, EHESS, Gallimard, Seuil, 1999, p. 22.

<sup>1121</sup> J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Thèse, Nancy 2, 2003.

<sup>1122</sup> « La seule chose qui importerait pour lui serait de protéger des lois : les autres lois qui, quant à elles, seraient peut-être plus dignes ou plus propres que lui à dire quelles sont les valeurs fondamentales pour la société », G. BEAUSSONIE, « La notion de valeurs sociale protégée », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 5 s., spéc. p. 7.

<sup>1123</sup> Ce constat est flagrant en droit pénal du travail, de l'entreprise, de l'environnement...

<sup>1124</sup> Articles 222-31-1 et suivants du Code pénal.

<sup>1125</sup> Article 433-20 du Code pénal.

**295. Le droit impuissant face à son souhait de normalisation.** Comme le rappelle MONTESQUIEU, il est vain, voire tyrannique de vouloir changer les mœurs par la loi<sup>1126</sup>. La matière pénale s'avère inefficace lorsque les finalités qui lui sont attribuées dépassent la logique binaire de la sanction/rétribution. En effet, concernant la sexualité, la volonté d'éduquer les citoyens à une certaine morale peut s'avérer délicate à satisfaire. Imposer une intimité normée est loin d'être évident. La loi pénale ne saurait suffire à endiguer les déviances et l'expression de l'interdit n'engendre pas, à lui seul, une modification intime et profonde de la morale. Le fonctionnement du système fondé essentiellement sur une logique rétributive ne peut espérer modeler l'esprit des individus jusque dans leur vie privée et sexuelle. Certes, la crainte de la peine pourra permettre d'en dissuader certains, toutefois, l'efficacité d'une telle démarche reste limitée<sup>1127</sup>. Il est impossible d'imposer une morale uniquement par le biais de la loi pénale. Les mœurs doivent être personnellement ressenties, intimement éprouvées. Il n'a pas suffi que le droit abroge les sanctions relatives à l'homosexualité pour que cette sexualité soit acceptée sans heurt par la population. À l'aube d'une évolution majeure de la loi, l'extension du mariage aux couples homosexuels, nombreuses ont été les manifestations en défaveur de cette évolution<sup>1128</sup>. Évidemment, le droit, lui-même influencé par la morale de son époque, contribue à faire évoluer les mœurs<sup>1129</sup>. Pour autant, la seule inscription dans le Code pénal ne peut suffire à convaincre intimement de ce qui est *bien* et de ce qui ne l'est pas. Les mœurs sont le fruit d'une construction profonde, ancienne et personnelle. La volonté de normaliser par la norme connaît nécessairement des limites et dépasse le pouvoir de l'arme punitive.

**296. La peine impuissante.** Si le droit pénal ne permet pas de faire ressentir intimement aux individus la morale à adopter, il a toutefois le mérite de punir ceux qui ne s'y conforment pas. Néanmoins, une fois la punition prononcée, la sanction exécutée, il retrouve ses faiblesses et renoue avec son impuissance. Que se passe-t-il après l'exécution de la peine ? Réapparaît l'insuffisance de l'arme punitive. L'immoralité ne s'évanouit pas du simple fait de

---

<sup>1126</sup> Montesquieu, *L'esprit des lois*, Livre XX, extrait du chapitre XIV.

<sup>1127</sup> M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2007, n° 127, p. 22 s.

<sup>1128</sup> Cette loi a toutefois prospéré en la loi n° 2013-404 du 17 mai 2013 ouvrant le mariage aux couples de personnes de même sexe, *JO* du 18 mai 2013.

<sup>1129</sup> E. SUTHERLAND, *White Collar Crime*, Yale University Press, 1983, p. 60 : L'auteur dresse le constat suivant : « *the relation between the law and the mores, finally, tends to be circular* » (Le lien entre le droit et les mœurs semble inévitablement circulaire).



l'incarcération. Si les peines propres aux infractions sexuelles ne cessent d'augmenter<sup>1130</sup> et que leur prononcé est largement favorisé<sup>1131</sup>, l'enfermement ne suffit pas à annihiler les déviances humaines. En matière de mœurs, peut-on espérer de la punition qu'elle dirige les fantasmes du délinquant dans le droit chemin ? Il est grandement permis d'en douter. Le droit pénal échoue à imposer une morale, même après des années d'emprisonnement, la menace de l'arme punitive est incapable de répondre au souhait de moralisation et de normalisation des personnes.

Si le droit pénal constate l'échec ou l'insuffisance des autres droits et d'autres domaines tels que celui de la prévention primaire<sup>1132</sup>, l'émergence du domaine médical souligne à son tour l'échec de l'arme punitive. Puisque des mesures sont créées pour succéder à la peine d'emprisonnement, il faut alors admettre que la privation de liberté n'aura pas été suffisante. Au regard des lacunes de l'arme punitive, il a fallu être ingénieux pour ajouter une nouvelle corde à l'arc étatique. La corde médicale.

## *2. L'inadaptation de l'arme médicale*

**297. Un juge concurrencé.** L'avènement du domaine médical au sein du régime pénal n'étonne guère. Les mesures de sûreté se sont imposées et font désormais parties du paysage. À ce titre, les auteurs d'infractions sexuelles semblent être parmi les premiers visés par ce mouvement de transfert du pénal au médical. Le sort de certains individus est aujourd'hui largement dévolu aux psychiatres que l'on espère capables de déterminer leur dangerosité et de fait, leur potentielle réinsertion dans la société<sup>1133</sup>. À certains égards les experts ont remplacé les juges et leur rôle ne cesse de s'étendre<sup>1134</sup>. L'importance attribuée aux expertises justifie la mise en place d'un fichier informatique répertoriant l'ensemble des expertises prononcées pour des infractions encourageant une peine de suivi socio-judiciaire<sup>1135</sup>. L'expertise « ne se présente

---

<sup>1130</sup> À titre d'exemple, en 1998, le délit de pédopornographie était puni d'un an d'emprisonnement ; en 2002, la peine est fixée à trois ans ; puis en 2006, celle-ci atteint cinq années d'emprisonnement, soit cinq fois plus que la peine initiale. Voir *supra* n° 140 s.

<sup>1131</sup> Extension du délai de prescription de l'action publique, assouplissement des règles relatives à l'application de la loi pénale dans l'espace... Voir *supra* n° 126 s.

<sup>1132</sup> Voir *infra* n° 509 s.

<sup>1133</sup> Voir *supra* n° 463 s.

<sup>1134</sup> Sur le sujet voir T.W. LEVI-FAICT et P. MISTRETTA, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », *Gaz. Pal.* 2019, n° 05, p. 84 s.

<sup>1135</sup> Le REpertoire Des Expertises (REDEX) a été créé par l'article 9 de la loi n° 2010-242 du 10 mars 2010 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, *JO* du 11 mars 2010.

plus comme un recours facultatif destiné à apporter un élément de preuve soumis à discussion, mais comme une condition *sine qua non* pour poursuivre la procédure envisagée »<sup>1136</sup>. En effet, la loi multiplie les cas où l'expertise s'avère obligatoire<sup>1137</sup>. Dès lors, la jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître que son absence pouvait constituer une nullité substantielle puisque les règles du Code de procédure pénale imposent d'y recourir<sup>1138</sup>. Devant la difficulté à anticiper le comportement des hommes, la place grandissante de l'expert, supposé capable de prévoir les évolutions humaines, influence nécessairement les juges du siège au point de les lier tout à fait<sup>1139</sup>.

Concurrencé par les savants, « le juge risque de devenir une simple chambre d'enregistrement »<sup>1140</sup>. Délicat pour un magistrat d'aller à l'encontre des propos d'un expert en matière de dangerosité sans craindre d'alerter l'opinion publique. Ce partage de compétence pourrait être opportun si, en la matière, les individus pouvaient être évalués avec objectivité et rationalité<sup>1141</sup>. Comme le rappelle A. COCHE « [les expertises de dangerosité] créent donc l'illusion, sans cesse déçue, d'une appréciation qui serait scientifique de la dangerosité »<sup>1142</sup>. Toutefois, il est également délicat pour un expert de considérer une personne non dangereuse

---

<sup>1136</sup> V. PELTIER, « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre le récidive » in *Mélanges en l'hommage du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 563.

<sup>1137</sup> Elle le devient pour la première fois concernant le relèvement de la période de sûreté perpétuelle (Loi n° 94-89 du 1<sup>er</sup> février 1994 instituant une peine incompressible et relative au nouveau Code pénal et à certaines dispositions de procédure pénale, *JO* du 2 février 1994). Cet automatisme est généralisé par l'inauguration du suivi socio-judiciaire (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, *JO* du 18 juin 1998). Ainsi, l'injonction de soin va généraliser l'expertise obligatoire (Articles 131-36-4 du Code pénal, 763-4 al. 1, 763-3 al. 3, 731-1 al. 1 et 723-30 du Code de procédure pénale), puis celle-ci va être étendue aux hypothèses d'évaluation de la dangerosité. L'expertise est expressément requise pour la rectification ou l'effacement du FIJAIS (Article 706-53-10 al. 4 du Code de procédure pénale), l'octroi d'un aménagement de peine concernant les personnes condamnées à une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru (Article 712-21 du Code de procédure pénale exception faite de l'hypothèse prévue à l'article 712-23 du même Code), le prononcé d'un PSEM (Article 131-36-10 du Code pénal), le prononcé d'une surveillance judiciaire (Articles 723-29 et 723-31 du Code de procédure pénale), le prononcé d'une libération conditionnelle spéciale des personnes condamnées pour des infractions graves (Articles 730-2 2° du Code de procédure pénale), le renouvellement d'une surveillance de sûreté (R. 53-8-45 du Code de procédure pénale) ou à la fin de cette mesure (R. 53-8-51 du Code de procédure pénale).

<sup>1138</sup> Solution formulée à propos d'une expertise imposée au stade des poursuites par l'article 706-47-1 du Code de procédure pénale ; CA Colmar, 18 avril 2001, n° 476/2001, 00/00724 ; JurisData n° 2001-172960. Voir C. LARONDE-CLERAC, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *Droit pénal* 2013, étude n° 9.

<sup>1139</sup> Sur le sujet voir T.W. LEVI-FAICT et P. MISTRETTA, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », art. préc., p. 84 s.

<sup>1140</sup> M. DELMAS-MARTY, « Sécurité et dangerosité », *RFDA* 2011, p. 1096 s., spéc. p. 1096.

<sup>1141</sup> Sur la remise en question des différentes méthodes, voir *infra* n° 463 s.

<sup>1142</sup> A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011, p. 21 s., spéc. p. 21. Au sein de cet article, l'auteur revient sur les différentes sources d'erreurs concernant les expertises de la dangerosité. Celles-ci ont trait à la méthode, aux solutions proposées, la pression de l'opinion publique... Pour un développement de ces limites, voir *infra* n° 463 s.

lorsque celle-ci a commis des infractions sexuelles<sup>1143</sup>. Les précautions prises par les experts sur qui repose la responsabilité de deviner ce qui ne s'est pas encore produit, ajoutées aux précautions des magistrats, conduisent à une justice infinie et hasardeuse pour les individus qui peuvent être enfermés non parce qu'il existe une certitude qu'ils réitéreront, mais parce que subsiste le doute que ce ne soit pas le cas. L'impartialité et l'indépendance du magistrat sont remises en question<sup>1144</sup>. La vérité judiciaire, aléatoire et relative, s'alimente jusqu'à se confondre avec la vérité psychiatrique, par nature incertaine<sup>1145</sup>.

**298. Une maladie fantôme.** D'autre part, à l'origine, la sollicitation de l'arme médicale au secours de l'arme pénale résulte d'un amalgame bien courant qui consiste à confondre délinquance sexuelle et trouble mental, quand bien même rien ne permettrait d'affirmer de façon catégorique qu'il existe un lien entre ces deux domaines<sup>1146</sup>. Ainsi, « il apparaît clairement que les "infractions sexuelles", telles qu'elles sont définies au plan pénal, recouvrent un ensemble disparate de crimes et de délits qui renvoie à des profils divers pathologiques ou non et que parallèlement, au plan clinique les troubles sexuels ou de l'identité sexuelle [...] ne renvoient pas nécessairement à la notion de "délinquance sexuelle", en particulier lorsque les comportements concernent des adultes consentants »<sup>1147</sup>. Pourtant, le développement de l'arme médicale s'est fondé sur l'idée d'un lien infaillible entre délinquance et maladie. Tout le système relatif aux auteurs d'infractions sexuelles converge vers le soin<sup>1148</sup>. Les acteurs de la Justice et ceux de la Santé marchent main dans la main. À cet égard, les centres socio-médico-judiciaires de sûreté, créés pour le prononcé d'une rétention de sûreté sont placés « sous l'autorité du ministre chargé de la santé et du ministre de la justice »<sup>1149</sup> et sous la responsabilité conjointe d'un directeur des services pénitentiaires et d'un directeur d'établissement public de

---

<sup>1143</sup> Sur la relativité des méthodes employées, voir *infra* n° 464 s.

<sup>1144</sup> J.-P. VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, *op. cit.*, p. 519 s. « Les personnels du CRIAVS ont mis en exergue le fait que les AVS constituaient un groupe très hétérogène et que le champ clinique de cette population était complexe », déplacement à Lyon du 19 mars 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, fait au nom de la mission commune d'information sur les politiques publiques de prévention, de détection, d'organisation des signalements et de répression des infractions sexuelles susceptibles d'être commises par des personnes en contact avec des mineurs dans le cadre de l'exercice de leur métier ou de leurs fonctions).

<sup>1145</sup> Sur la reconsidération des experts de dangerosité, voir *infra* n° 463 s.

<sup>1146</sup> Sur le sujet voir également J.-P. VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, Thèse, Université de Lorraine, 2013, p. 290 s.

<sup>1147</sup> V. AGHABABIAN, C. LANÇON, C. GIOCANTI, D. GLEZER et G. LEONETTI, « Les décrets d'application de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des auteurs d'infractions sexuelles : aspects législatifs et cliniques », *Annales Médico-Psychologique*, 2001, vol. 159, p. 424 s.

<sup>1148</sup> Sur l'entendue de l'injonction et obligation de soin, voir *supra* n° 165 s.

<sup>1149</sup> Article R. 53-8-55 du Code de procédure pénale.

santé. La dualité du système atteint son paroxysme. Or, que souhaitons-nous atteindre lorsque nous prétendons soigner le délinquant sexuel ? Le passage à l'acte ou la perversité ? La castration chimique annihile-t-elle la perversité ? Si la déviance peut être dissimulée, elle ne disparaît pas pour autant. D'ailleurs, la déviance et la maladie ne recouvrent pas nécessairement le même domaine. Si la maladie peut être soignée, la déviance ne saurait quant à elle trouver une issue dans le traitement<sup>1150</sup>. La disparition de l'arme punitive au profit de l'arme médicale interroge. Présentée comme une avancée considérable, son postulat de départ est pourtant remis en question. Le délinquant sexuel n'est pas nécessairement malade<sup>1151</sup>. De fait, sans maladie objectivable ou un trouble caractérisé, il est délicat de demander aux psychiatres de le traiter.

**299. Une réponse chaotique.** Par ailleurs, concernant la maigre part d'auteurs d'infractions sexuelles qui peuvent être considérés malades, il apparaît rapidement que le soin proposé est loin d'être uniforme. Rien n'est précisé concernant le contenu de la prise en charge médicale, psychologique et sociale adéquat<sup>1152</sup>. Il existe différentes façons d'appréhender le traitement du délinquant sexuel. Le soin destiné aux auteurs d'infractions sexuelles se décline principalement en trois possibilités. La première consiste à avoir recours à une thérapie proche de la psychanalyse<sup>1153</sup>. Centrée sur la parole, cette méthode se fonde sur l'origine de la souffrance et peut paraître laborieuse. Elle implique une démarche personnelle et une certaine empathie de la part du thérapeute vis-à-vis de son patient. Aussi, cette démarche n'est pas toujours aisée à mettre en place en présence de tels actes. La seconde pratique relève des psychothérapies cognitives et comportementales. Tendant à corriger les distorsions cognitives, il existe néanmoins des limites éthiques quant à leur exploitation. En effet, « L'objectif des *thérapies* comportementales est alors de modifier la préférence sexuelle, objectivée par la diminution des réponses sexuelles déviantes évaluées à l'aide de la pléthysmographie pénienne (ou phallométrie). Les techniques alors utilisées sont de type aversives, l'idée étant d'associer un

---

<sup>1150</sup> Voir notamment : S.-M. MAFFESOLI, *La déviance en droit : analyse d'un processus implicite de normalisation*, Thèse, Paris 10, 2013 ; D. GRUBIN et M. HERZOG-EVANS, « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », *AJ Pénal* 2012, p. 622 s. ; Colloque sur les sanctions curatives, Université Jean Moulin Lyon 3, 5 avril 2019. Sur l'amélioration de la prise en charge de la déviance, voir *infra* n° 505.

<sup>1151</sup> Sur la rationalisation du soin, voir *infra* n° 476 s.

<sup>1152</sup> Articles 706-53-13 et R. 53-8-55 1° du Code de procédure pénale relatifs aux centres socio-médico-judiciaires de sûreté ayant pour mission : « 1° De proposer à ces personnes, de façon permanente, une prise en charge médicale, psychologique et sociale destinée à réduire leur dangerosité et à permettre la fin de la mesure de rétention ».

<sup>1153</sup> Selon l'Académie française, la psychanalyse est une « Méthode d'investigation et de thérapie, fondée et théorisée par Freud, qui repose sur l'étude des trois structures de la vie psychique que sont l'inconscient, le conscient et le préconscient ; toute méthode, toute théorie qui développe ses principes propres en s'inscrivant directement dans la lignée de Freud ou bien en s'affranchissant de son héritage », [www.academie-francaise.fr](http://www.academie-francaise.fr), voir *psychanalyse*.

stimulus plaisant (i.e. source de la réponse sexuelle déviante) à une punition (i.e. une conséquence diminuant la probabilité d'apparition de la réponse sexuelle déviante) : injection de produits provoquant la nausée, chocs électriques, stimuli olfactifs (essentiellement de l'ammoniac), ou encore induction de honte »<sup>1154</sup>. Il s'agirait par exemple de provoquer la nausée par l'injection d'un produit à un individu après avoir suscité son excitation en lui présentant des images d'enfants dénudés. Les thérapies cognitivo-comportementales partent du postulat qu'un bon comportement peut être appris. Si la psychanalyse se concentre uniquement sur la souffrance du sujet, ces thérapies semblent l'oublier tout à fait. Enfin, une troisième forme de thérapie émerge en France. Celle-ci s'appuie sur des méthodes importées d'expériences internationales et notamment canadiennes<sup>1155</sup>. Il s'agit du groupe de parole. Cette approche s'est immiscée dans nos procédures afin de favoriser la réinsertion du sujet. Néanmoins, le recul demeure faible et il apparaît délicat de connaître avec certitude l'efficacité de ces méthodes sur la récidive. L'étude des stratégies thérapeutiques se poursuit<sup>1156</sup>.

<sup>1154</sup> M. BENBOURICHE, O. VANDERSTUKKEN, R. PALARIC et P. LE BAS, « Prévenir la récidive des auteurs d'infraction à caractère sexuel en France : présentation et mise en perspective des interventions cognitivo-comportementales », in J.-L. SENON, C. JONAS et M. VOYER (dir.), *Psychiatrie légale et criminologie clinique*, Elsevier Masson, 2013, p. 330 s.

<sup>1155</sup> Voir notamment : R. PALARIC, *Cliniques des auteurs d'agressions sexuelles au carrefour des débats contemporains : analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique*, Thèse, Rennes 2, 2014 ; D. KAMINSKI, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in T. MOREAU et F. DIGNEFFE (dir.), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale*, 2006, p. 45 s. ; V. MOULIN et R. PALARIC, « Les groupes de parole de prévention de la récidive », Rapport intermédiaire de recherche, Mission de recherche droit et justice, 2010 ; V. MOULIN et P. PALARIC, « Les groupes de parole de prévention de la récidive au sein des SPIP, une évolution centrée sur la gestion du risque, entre théorie et adaptation pratique », *Champ pénal*, 2014, vol. 11 ; V. MOULIN, R. PALARIC et C. LAURENT, « Les groupes de parole de prévention de la récidive », Rapport de recherche, 2012 ; B. QUIRION, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, vol. 39, 2006, p. 137 s.

<sup>1156</sup> M. LAGADEC, « L'addiction sexuelle : quelles stratégies thérapeutiques ? », *Psychotropes*, 2016, vol. 22, p. 11 s. ; W. L. MARSHALL et L. E. MARSHALL, « Le traitement des agresseurs sexuels adultes », in F. CORTONI et T.H. PHAM (dir.), *Traité de l'agression sexuelle*, 2017, p. 163 s. ; En 2014, R. PALARIC a effectué une thèse portant sur une analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique des auteurs d'infractions sexuelles. Au sein de son étude, l'auteur compare différentes techniques fondées sur le groupe de parole. Deux méthodes ont ainsi été observées et analysées. Il s'agit dans un premier temps du Groupe de Parole de Prévention de la Récidive (GPPR), puis, dans un second, du Groupe Thérapeutique Structuré (GTS). R. PALARIC synthétise les approches respectives au sein d'un tableau (R. PALARIC, *Cliniques des auteurs d'agressions sexuelles au carrefour des débats contemporains : analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique*, op. cit., p. 207 s.) duquel ressort le fait que le GTS ne se concentre pas sur l'infraction ou les faits criminels. Il ne se focalise pas sur l'agresseur mais, au contraire, sur un sujet ayant commis une agression. Son objectif est donc de modifier le positionnement subjectif du sujet. À l'inverse, le GPPR se concentre sur la récidive. « Placés sous l'égide des SPIP, les programmes de prévention de la récidive sont conçus comme des programmes éducatifs et non thérapeutiques visant, dans une perspective proprement criminologique, à travailler collectivement sur le passage à l'acte délictueux et ses conséquences pour la victime et la société. Il est ainsi question – à travers la mise en place de groupes de parole animés par des conseillers d'insertion et de probation – de confronter les vécus et d'apporter un certain nombre de repères (*rappel à la loi, éducation civique, mise en commun des expériences*) à des détenus ou probationnaires ayant commis des actes de même nature afin de faire évoluer la représentation que se font les

Constatant la multitude de thérapies, il apparaît évident qu'aucune ne s'est pour l'instant imposée avec la force de l'évidence. L'existence d'un traitement adapté peine à s'imposer. D'ailleurs, le pourrait-il ? Au-delà de la grande diversité des auteurs d'infractions sexuelles, considérer que le domaine médical est l'avenir du droit pénal revient à nier l'évidence. Le crime est nécessairement multifactoriel. À vouloir guérir la délinquance, le législateur tombe dans le piège de la simplification. Une chose reste certaine, la structure du droit pénal est bouleversée par un amalgame manifeste. Comme le rappelle D. ZAGURY, « toute ambition thérapeutique est un leurre dangereux »<sup>1157</sup>, car le droit pénal fait preuve d'une certaine prétention lorsqu'il dit pouvoir protéger la société des êtres dangereux, ambition fatalement chimérique<sup>1158</sup>.

**300. La dangerosité de la dangerosité, l'histoire d'une mise en abîme.** À vouloir déterminer la dangerosité d'un individu, c'est le concept même de dangerosité<sup>1159</sup> qui devient dangereux. En effet, ce dernier renverse tout sur son passage et s'impose en droit pénal de façon inconditionnelle. À ce titre, les infractions sexuelles sont particulièrement propices à l'application de ce concept. Or, l'idée même de dangerosité est relative<sup>1160</sup>. À l'image même des mœurs, la dangerosité évolue selon le temps et l'espace. Si en France le délinquant sexuel

---

intéressés de leur geste (*crime ou délit*) et, ainsi, prévenir la réitération du passage à l'acte » (E. BRILLET, *Le programme de prévention de la récidive, retour sur une innovation institutionnelle*, document DAP/PMJ5, 07/07/2009). Au terme de son étude, R. PALARIC estime que « par le recours au groupe et aux confrontations qu'il impose, par le contenu des modules, le sujet est amené à reconsidérer ses choix et à déconstruire ce qu'il pouvait jusque-là considérer comme irrémédiable ».

Toutefois, l'auteur distingue des effets différenciés selon que le GPPR est centré sur les émotions ou sur les faits commis. Dans le premier cas, les participants sont amenés à repenser la relation à l'autre et la façon dont ils s'inscrivent dans l'altérité et la société en générale. Dans le second, le délinquant arbore une vision négative de lui-même qui va « à l'encontre de ce que la littérature fournit comme un indicateur de socialisation : baisse de l'estime de soi, appauvrissement des relations sociales, etc. » (R. PALARIC, *Cliniques des auteurs d'agressions sexuelles au carrefour des débats contemporains : analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique*, op. cit., p. 278). Cette technique semble donc contreproductive. À l'inverse, concernant les groupes thérapeutiques structurés, ils suscitent une amélioration du rapport à soi et à l'autre.

Sur la valorisation de la parole, voir *infra* n° 502 s.

<sup>1157</sup> D. ZAGURY, « "Les nouveaux monstres", plaidoyer pour un traitement raisonné des agresseurs sexuels », in A. CIAVALDINI (dir.), *Violences sexuelles. Le soin sous contrôle judiciaire*, Edition in Press, 2003, p. 37 s.

<sup>1158</sup> Sur l'amélioration de la prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles, voir *infra* n° 505 s.

<sup>1159</sup> Sur le sujet voir notamment : G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011 ; G. NIVEAU, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, L'Harmattan, 2011 ; A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », art. préc., p. 21 s. ; J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, 2008, vol. 5, p. 15 s. ; P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 s. ; M. DELMAS-MARTY, « Sécurité et dangerosité », art. préc. ; J. DOZOIS, M. LALONDE et J. POUPART, « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », *Déviante et Société*, 1981, vol. 5, p. 383 s. ; CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC* 2012, p. 274 s. ; V. PELTIER, « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre le récidive », art. préc., p. 563.

<sup>1160</sup> Voir *supra* n° 246.

apparaît comme l'individu dangereux par excellence<sup>1161</sup>, ce n'est pas toujours le cas ailleurs<sup>1161</sup>. Déterminer si un individu est dangereux, au sens criminologique, c'est-à-dire s'il est prédéterminé à récidiver, s'avère délicat<sup>1162</sup>, pour ne pas dire impossible<sup>1163</sup>. Rappelons que le droit pénal détient la mission périlleuse de s'intéresser aux êtres humains. Le propre de son objet est donc fait de surprise et d'imprévisibilité. Le critère de la dangerosité est un critère développé par une société devenue « risquophobe »<sup>1164</sup>. Nous sommes « sur un toboggan qui entraîne tout le monde en chute libre : la dangerosité est en train de devenir l'alpha et l'oméga, la pierre angulaire de toute politique pénale... À bas bruit, le psychiatre et le juge se voient de plus en plus assignés par les responsables politiques - et l'opinion qu'ils contribuent à façonner - non plus pour l'un, à soigner et à apaiser la souffrance, pour l'autre à dire le droit et à rendre une décision juste, mais pour l'un et l'autre, d'abord à prévoir le risque de la dangerosité »<sup>1165</sup>. Or, l'un comme l'autre en sont bien incapables et réapparaît alors le pari de PASCAL<sup>1166</sup>. Ne vaudrait-il pas mieux enfermer un délinquant au nom de sa dangerosité, et dans ce cas, rien ne permettra de vérifier si cela avait du sens, plutôt que de lui laisser le bénéfice du doute et découvrir que l'on s'est trompé ? C'est ainsi que le délinquant sexuel est sacrifié sur l'autel de la morale<sup>1167</sup>.

---

<sup>1161</sup> R. GASSIN, *Criminologie*, Dalloz, Précis, 6<sup>ème</sup> édition 2007, n° 860 : l'auteur relève que l'état dangereux ne peut être une donnée naturelle absolue : c'est un concept « relatif qui dépend de la législation de chaque pays aux divers moments de son histoire ». « Ainsi, l'affaire Dutroux en Belgique a érigé en idéal-type de la personne dangereuse, le délinquant sexuel. En Italie, les figures délinquantes stigmatisées en raison de leur dangerosité sont plutôt les « mafieux » ou les terroristes. En Angleterre, les auteurs d'incivilités sont déjà considérés comme dangereux et justifient le prononcé d'orders » (CH. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », art. préc.). Voir également A. BINET-GROSCLAUDE et M. JACQUELIN, « "Je vous arrête pour le crime que vous allez commettre". Dangerosité et droit en Angleterre et au Pays de Galles », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 195 s. ; L. D'AMBROSIO, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 143 s. ; L. GYSEALAERS, « Les transformations de la défense sociale. Dangerosité et droit pénal en Belgique », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 117 s. ; J. HERRMANN, « Le doute profite à la sécurité. Dangerosité et droit pénal Allemagne », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 143 s.

<sup>1162</sup> B. JUNIOR ENNIS et T.-R. LITWACK, *Psychiatry and the presumption of expertise : flipping coins in the courtroom*, California Law Review, 1974, LXII, p. 693 s., cité par J. DOZOIS, M. LALONDE et J. POUPART, « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », art. préc. Ils rappellent que certains auteurs estiment qu'une personne poursuivie ou condamnée aurait 20 % moins de risques d'être considérée à tort comme dangereuse si l'on déterminait cela à pile ou face.

<sup>1163</sup> Sur les différentes méthodes, voir *infra* n° 463 s.

<sup>1164</sup> B. PY, « Expert : un métier, une fonction, une adulation », *Médecine & Droit* 2013, p. 53 s.

<sup>1165</sup> A. BLANC, *Libération* 16 janvier 2012.

<sup>1166</sup> Puisque la raison ne permet pas de savoir si Dieu existe, PASCAL propose à l'athée de parier sur son existence : « estimons ces deux cas : si vous gagnez, vous gagnez tout ; si vous perdez, vous ne perdez rien. Gagez donc qu'il est, sans hésiter ».

<sup>1167</sup> Sur la reconsidération du concept de dangerosité et sa prise en charge, voir *infra* n° 476 s.

**301. Une utilisation opportuniste.** Actuellement, le développement de l'arme médicale permet d'échapper aux critères qui encadrent l'usage de l'arme punitive, tel que le principe de non-rétroactivité<sup>1168</sup> ou du contradictoire... Pourtant, passée la différence sémantique, les mesures de sûreté sont loin de se distinguer véritablement des peines<sup>1169</sup>. Le législateur leur attribue le rôle de pallier les insuffisances punitives sans pour autant distinguer leur contenu de celui de la sanction. L'approche médicale ne tend pas à finaliser un processus de guérison, elle est au contraire convoquée en soutien de la répression<sup>1170</sup>. Les mesures de sûreté sont régulièrement comparées à des peines, sans en porter le nom. Elles apparaissent aux yeux du délinquant comme une sanction supplémentaire et leur prononcé se fonde sur le même élément infractionnel que le prononcé de la peine. À cet égard, un auteur conclut à propos du décret du 4 novembre 2008 relatif à la rétention de sûreté : « décidément, la rétention de sûreté n'en finit pas de copier sur le droit pénitentiaire, tout en cherchant mollement à s'en démarquer »<sup>1171</sup>. Ainsi, cet appui supplémentaire qu'est l'arme médicale, ne semble pas si solide que l'on pouvait l'espérer, puisqu'il tend à rejoindre l'arme punitive que l'on souhaitait fuir<sup>1172</sup>. À terme, la rétention de sûreté risque de se transformer en « déchèterie humaine »<sup>1173</sup> où se rencontreraient ceux dont on ne sait que faire. Les lieux sont finalement assez proches des centres de détention mais la durée des *peines* est indéterminée. Sous la belle image du soin se dissimule le sempiternel souhait d'éloignement<sup>1174</sup>. L'abandon des armes classiques du droit pénal est inquiétant. L'avènement de l'arme médicale renoue avec les mêmes objectifs tout en échappant aux « garde-fous » exigés, notamment par le principe de légalité<sup>1175</sup>. Finalement, cela conduit à priver de liberté les individus pour qui l'on affirme pouvoir poser le pronostique d'une récurrence au nom d'une dangerosité diagnostiquée.

---

<sup>1168</sup> La Cour européenne des droits de l'homme estime que « la déclaration d'irresponsabilité pénale et les mesures de sûreté qui l'accompagnent ne constituent pas des peines au sens de l'article 7, § 1 de la Conv. EDH, [...] le principe de non-rétroactivité n'a pas vocation à s'appliquer » (CEDH 3 septembre 2015, n° 42875/10, *Berland c/ France*, § 46). En revanche, la rétention de sûreté, privative de liberté, se voit appliquer le principe de non-rétroactivité de la loi pénale, voir *supra* n° 166 s.

<sup>1169</sup> Sur l'exploitation de la proximité entre les peines et les mesures de sûreté, voir *infra* n° 476 s.

<sup>1170</sup> V. SIZAIRE, *L'ordre pénal Républicain*, Thèse, Paris Nanterre, p. 146.

<sup>1171</sup> M. HERZOG-EVANS, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté. L'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines », *D.* 2008, p. 3098 s., spéc. p. 3107.

<sup>1172</sup> Cette proximité pourra être exploitée pour fusionner les peines et les mesures de sûreté, voir *infra* n° 476 s.

<sup>1173</sup> M. DELMAS-MARTY, « Sécurité et dangerosité », art. préc., spéc. p. 1096.

<sup>1174</sup> L. LETURMY, « La répression de la délinquance sexuelle », in A. GIUDICELLI, J.-P. JEAN et M. MASSE (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009, p. 125 s., spéc. p. 136. Selon l'auteur, tout cela n'est pas motivé par le souci « de se donner de plus amples moyens pour juger l'auteur d'une transgression à la loi » mais par celui « de toujours garder un œil sur lui ».

<sup>1175</sup> Sur ce qu'il semble possible de proposer concernant les mesures de sûreté en droit pénal, voir *infra* n° 476 s.



La difficulté éprouvée lorsque l'on tente de comprendre les déviations sexuelles ne peut conduire à une application déraisonnée de la loi pénale. La prise en charge peut, en effet, constituer une avancée non négligeable dans la réhabilitation des individus. Néanmoins, en la brandissant contre vents et marées, cette dernière s'avère inefficace et dangereuse car elle contribue à créer l'illusion d'un soin envisageable et efficace. Or, à y regarder de plus près, l'arme médicale s'avère infructueuse et tend largement à se rapprocher de l'arme punitive, manifestant davantage le souhait d'échapper au carcan du procès équitable ou du principe de légalité qu'à réintroduire les délinquants sexuels dans la société.

## § 2 – La construction imparfaite de la loi pénale

**302. Une réalisation néfaste.** Au-delà de la dangereuse utilisation de la loi pénale, sa construction s'avère également inquiétante. En effet, sa matérialisation pratique souffre de cette influence néfaste de la morale. S'ajoutant les unes aux autres, les infractions sexuelles se mêlent et s'entremêlent. Sous l'effet des mœurs, le principe de légalité est discrédité et l'effectivité des infractions est infirmée. De même, le régime des infractions sexuelles n'en finit plus de s'étendre, destiné à ne rien laisser sans réponse pénale, peu importe sa qualité. Inappliquées, mal appliquées ou inapplicables, les lois pénales vont jusqu'à s'avérer contre-productives. Mettant parfois en danger ceux qu'elles souhaitaient protéger, il arrive que le remède soit pire que le mal.

Maquis d'infractions (A) ou régime en jachère (B) l'influence des mœurs sur le droit pénal conduit à une construction imparfaite et dangereuse de ses lois.

### A. Un maquis d'infractions<sup>1176</sup>

**303. Des incriminations chaotiques.** La multiplicité des fonctions attribuées à la loi pénale<sup>1177</sup> suscite automatiquement une inflation pénale. Les infractions sexuelles prolifèrent et se multiplient, alimentées par l'opinion publique et le regard omniscient des médias, au risque de porter atteinte aux grands principes du droit pénal et à son application matérielle. La quantité

---

<sup>1176</sup> Terme emprunté à CH. LAZERGES, « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC* 2010, p. 725 s., spéc. p. 727.

<sup>1177</sup> Voir *supra* n° 223 s.

s'effectue parfois au dépend de la qualité (1), à tel point que l'application matérielle des incriminations peut s'avérer difficile (2). Il est ainsi permis de constater un phénomène contreproductif car, en se précipitant vers la punition, on punit mal ou on ne punit pas du tout. Il est ainsi possible de répondre par l'affirmative à A. DARSONVILLE lorsqu'elle s'interroge de la sorte, « ne risque-t-on pas d'aboutir au résultat inverse de celui recherché, à savoir, l'efficacité de la répression ? »<sup>1178</sup>.

### 1. Une prolifération dangereuse des incriminations

**304. Une qualité questionnée.** La prolifération des infractions découle inévitablement de la multiplication des fonctions attribuées à la loi pénale. En estimant que la matière a le pouvoir de tout exprimer, tout prévenir et tout guérir, le législateur ne cesse de créer de nouvelles infractions, espérant que leur effet soit à la hauteur de ses attentes. Si ce procédé est qualifié d'inflation pénale, c'est que le terme comporte deux indications intéressantes. L'inflation est généralement utilisée en référence à la monnaie, afin d'exprimer une augmentation durable des prix, se traduisant par une dépréciation de la valeur. En matière pénale, le cheminement est similaire. L'inflation pénale peut être perçue comme une augmentation du nombre d'incriminations, se traduisant par une dépréciation de leur qualité. Cette boulimie législative se ressent tant dans la création de nouvelles incriminations, que dans la multiplication des circonstances aggravantes. Au sein de cette véritable logorrhée, les infractions sexuelles sont loin d'être épargnées. Or, pour qu'une incrimination soit appliquée efficacement et correctement, il est avant tout nécessaire de la comprendre. L'intelligibilité de la loi pénale est une condition *sine qua non* à sa bonne application.

**305. Une clarté sacrifiée.** En France, le Conseil constitutionnel a reconnu un « principe de clarté de la loi » issu de l'article 34 de la Constitution<sup>1179</sup>. Il estime que « le principe de clarté de la loi [...] et l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi [...] imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques »<sup>1180</sup>. Cependant, les infractions sexuelles, bien qu'étant particulièrement exposées

---

<sup>1178</sup> A. DARSONVILLE, « Le surinvestissement législatif en matière d'infraction sexuelles », *Archives de politique criminelle* 2012, n° 34, p. 31 s., spéc. p. 31.

<sup>1179</sup> Cons. const. 28 avril 2005, DC n° 2005-514, *JO* du 4 mai 2005, §14.

<sup>1180</sup> *Ibidem*. Sur le sujet voir A. FLÜCKIGER, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, n° 21.

à ce phénomène d'inflation du fait de leur lien étroit avec les passions des individus, ne sont que rarement renvoyées devant le Conseil constitutionnel et censurées par lui<sup>1181</sup>. Il subsiste au sein du Code pénal certains exemples de clarté sacrifiée particulièrement significatifs. Ainsi, la corruption des mineurs prévue à l'article 227-22 du Code pénal est définie comme : « le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur ». Délicat de comprendre ce que recouvre réellement le terme « corruption » sorti de son contexte privilégié, celui du droit des affaires. Pour autant, en dépit de cette imprécision, la peine encourue s'élève à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende<sup>1182</sup>. Depuis la loi du 21 avril 2021 : « Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans »<sup>1183</sup>. Face au caractère nébuleux de l'infraction, la jurisprudence a été contrainte d'en tracer les contours, et ce, de façon particulièrement étonnante. En effet, la chambre criminelle de la Cour de cassation estime que l'infraction n'est punissable que si l'auteur des faits a eu en vue la perversion de la jeunesse et non pas seulement la satisfaction de ses propres passions<sup>1184</sup>. Un axe de défense tout trouvé pour quiconque souhaite éviter de se voir condamné pour corruption de mineur. Pourtant, il est difficile

---

<sup>1181</sup> À titre d'exemple, par trois fois la Cour de cassation a refusé de transmettre les QPC formées à propos de l'article 222-22 du Code pénal relatif aux agressions sexuelles (Cass. crim. 3 octobre 2012, n° 12.90-052 ; *Gaz. Pal.* 8-9 février 2013, p. 29, obs. E. DREYER ; Cass. crim. 7 août 2013 ; *Droit pénal* 2013, n° 151, obs. VERON ; Cass. crim. 18 décembre 2014, n° 13.90.031). De même concernant l'article 222-27 du Code pénal, relatif à l'agression sexuelle (Cass. crim. 18 décembre 2014, n° 13-90.031) ; l'article 222-32 du Code pénal, traitant de l'exhibition sexuelle (Cass. crim. 9 avril 2014, n° 14-80.867) ; concernant l'article 222-22-1, relatif à la définition de la contrainte dans les agressions sexuelles, le Conseil constitutionnel a estimé que l'article ne portait pas atteinte au principe de légalité (Cons. const. 6 février 2015, DC QPC n° 2014-448, *JO* du 8 février 2015 ; *D.* 2015, 324, *ibid.* Pan. 2465, obs. ROUJOU DE BOUBEE ; *RSC* 2015, 86, obs. MAYAUD).

<sup>1182</sup> Selon l'article 227-22 du Code pénal : « Le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux ».

Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe ou d'assister en connaissance de cause à de telles réunions.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée ou à l'encontre d'un mineur de quinze ans ».

<sup>1183</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>1184</sup> Cass. crim. 14 novembre 1990, n° 90-80.152 ; *Droit pénal* 1991, 105 ; Cass. crim. 20 février 2013, n° 12-90.074 ; *Droit pénal* 2013, comm. 86, obs. VERON : « L'excitation de mineurs à la débauche n'est pénalement punissable que si l'auteur des faits a eu en vue la perversion de la jeunesse, et non pas seulement la satisfaction de ses propres passions ». Cass. crim. 8 février 2017, n° 16-80.10 ; *Dalloz actualité*, 28 févr. 2017, obs. GOETZ ; *RSC* 2017, 744, obs. MAYAUD ; *Droit pénal* 2017, n° 72, obs. CONTE ; *Gaz. Pal.* 25 avril 2017, p. 46, obs. DREYER : « À défaut d'établir que son but est de pervertir la sexualité de la mineure, l'envoi de SMS par un moniteur d'équitation à son élève de moins de 15 ans l'incitant à expérimenter pour la première fois avec lui des actes sexuels n'est pas constitutif du délit de corruption de mineure ».

d'imaginer que telle était la volonté du législateur. Le manque de rigueur rédactionnelle et le refus de faire examiner cet article par le Conseil constitutionnel<sup>1185</sup> a nécessité l'intervention de la jurisprudence et doit à présent se satisfaire d'un dol spécial d'origine prétorienne<sup>1186</sup>.

De même, l'atteinte sexuelle prévue à l'article 227-25 du Code pénal est définie comme une « atteinte sexuelle ». Loin de toute précision, cette maladresse a parfois conduit la Cour de cassation à retracer les contours du terme, notamment le nécessaire contact physique<sup>1187</sup>. Par ailleurs, face à la nébulosité de la loi, d'autres incriminations que l'on pensait familières continuent d'évoluer sous l'effet de la jurisprudence. À titre d'exemple, récemment, l'agression sexuelle a acquis une nouvelle envergure puisque la cour d'appel, soutenue par le silence de la Cour de cassation, a admis que des caresses partant du mollet jusqu'au genou pouvaient constituer l'infraction dès lors que le contexte les rendaient érotiques<sup>1188</sup>. En l'espèce, il s'agissait d'un homme, dans un médiathèque, caressant la jambe d'une fillette, le sexe en semi érection sorti de sa braguette. Son excitation permettait d'attribuer à l'acte une dimension sexuelle et ainsi, caractériser l'infraction. Selon un auteur, il s'agit d'un délit « putatif : l'agression sexuelle existe dans l'esprit de son auteur et cela suffit à la réprimer »<sup>1189</sup>. Alors que le tribunal correctionnel avait retenu l'exhibition sexuelle, la cour d'appel affirme 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 ». Aussi, la cour d'appel retient l'agression sexuelle. Loin de s'en offusquer, la Cour de cassation évoque l'appréciation souveraine des juges du fond. Publié, cet arrêt témoigne d'une volonté répressive se fondant sur l'intention supposée de l'auteur davantage que sur les gestes objectivement observables. La répression des auteurs d'infractions sexuelles se délecte de l'imprécision de la loi, en dépit des grands principes. Puisque l'agression sexuelle s'inscrit en creux du viol, le champ des possibles semble immense. Au diable le principe de légalité, les magistrats refusent le renvoi de cette

---

<sup>1185</sup> Cass. crim. 20 février 2013, n° 12-10.074 ; *Droit pénal* 2013, comm. 86, obs. VERON.

<sup>1186</sup> Si la CEDH (CEDH 6 octobre 2011, n° 50425/06, *Soros c/ France*) reconnaît la jurisprudence comme l'une des sources du droit pénal, celle-ci ne saurait créer à partir de rien, devant se contenter de préciser la loi sans lui ajouter des conditions nouvelles. Sur une nouvelle appréhension de l'infraction, voir *infra* n° 373.

<sup>1187</sup> Cass. crim. 7 septembre 2016, n° 15-83.287 ; V. MALABAT, « Pas d'atteinte sexuelle, même aggravée, sans contact corporel », *AJ Pénal* 2016, p. 529 s.

<sup>1188</sup> Cass. crim. 03 mars 2021, n° 20-82.399 ; E. DREYER, « Suffit-il d'y croire pour commettre une infraction ? », *D.* 2021, p. 605 s. ; Y. MAYAUD, « Lorsque le fantasme sexuel agresseur sexuelle ! La légalité contrariée... », *RSC* 2021, p. 342 s. ; L. SAENKO, « De l'agression (sexuelle) par excitation (sexuelle) », *AJ Pénal* 2021, p. 207 s. Voir également D. DASSA-LE DEIST, « Les infractions en matière sexuelle à l'aune du principe de légalité », *Gaz. Pal.* 2012, n° 301, p. 4 s.

<sup>1189</sup> E. DREYER, « Suffit-il d'y croire pour commettre une infraction ? », art. préc., spéc. p. 606.

infraction au Conseil constitutionnel<sup>1190</sup> ou sa confrontation à l'article 7 de la CEDH<sup>1191</sup>. La fin justifie les moyens. La répression des pervers justifie l'oubli des grands principes.

Parallèlement, l'incrimination de proxénétisme laisse à désirer puisque l'article 225-5 du Code pénal dispose que « le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit : 1° D'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui ; 2° De tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution ; 3° D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire ». Dans un premier temps, l'infraction se construit autour d'une notion, elle-même absente du Code pénal. La prostitution n'a jamais été définie légalement. Une nouvelle fois, c'est à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de déterminer cet élément central. Ainsi, la chambre criminelle de la Cour de cassation estime que « la prostitution consiste à se prêter, moyennant rémunération, à des contacts physiques de quelque nature que ce soit, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »<sup>1192</sup>. Cette définition interroge. Serait-il possible de prouver que l'acte n'a comme objet que la satisfaction de ses propres besoins sexuels pour rendre inapplicable l'infraction de proxénétisme ? Est-il nécessaire de caractériser ce dol spécial pour que la prostitution soit reconnue ? Une définition devrait être entérinée par le législateur. Par ailleurs, l'infraction de proxénétisme se contente d'une personne qui tirerait profit de la prostitution, en partagerait les profits ou les recettes. Ainsi, en respectant une interprétation stricte de la loi, l'enfant d'une personne qui se prostitue pourrait être considéré proxénète du simple fait de recevoir un cadeau de la part de son parent. Ce dernier tirerait profit de la prostitution d'autrui. Évidemment, difficile d'imaginer une telle poursuite et encore moins une condamnation. Pour autant, toutes ces remarques sont permises par le manque crucial de clarté et de précision dans la définition de l'infraction<sup>1193</sup>.

**306. Une nécessité abandonnée.** De surcroît, cette inflation législative conduit à interroger la nécessité de certaines normes pénales. L'article 8 de la Déclaration de 1789 dispose que : « 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

---

<sup>1190</sup> Cass. crim. 3 octobre 2012, n° 12-90.052 ; *Gaz. Pal.* 8-9 février 2013, p. 29, obs. E. DREYER.

<sup>1191</sup> Cass. crim. 8 février 2017, n° 16-80.057, *Bull. crim.* n° 39 ; *Dalloz actualité*, 28 février 2017, obs. GOETZ ; *RSC* 2017, 744, obs. MAYAUD ; *Droit pénal* 2017, n° 72, obs. CONTE ; *Gaz. Pal.* 25 avril 2017, p. 46, obs. DREYER.

<sup>1192</sup> Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016, *Bull. crim.* n° 138 ; *Droit pénal* 1996, obs. VERON.

<sup>1193</sup> Sur la redéfinition des infractions en faveur du respect de principe de nécessité, voir *infra* n° 349s .

appliquée ». Précisons dès à présent que la nécessité est un critère qui, en lui-même, interroge. Comment évaluer la nécessité et la contrôler ? Que faut-il pour qu'une norme soit nécessaire ? Par rapport à quoi et à qui mesurer la nécessité d'une loi ? Selon l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». La nécessité pourrait alors se rapprocher de l'utilité sociale<sup>1194</sup>. Néanmoins, les contrôles en la matière sont extrêmement rares<sup>1195</sup> car le Conseil Constitutionnel considère qu'il s'agit là du pouvoir normateur dont le législateur a le monopole<sup>1196</sup>. Seule une disproportion manifeste entre le comportement infractionnel et la peine encourue sera censurée<sup>1197</sup>.

Toutefois, l'influence des mœurs sur le droit pénal conduit à une explosion d'incriminations se superposant les unes les autres tendant à ne rien laisser au hasard ou au bon vouloir des individus. Si le domaine sexuel n'est pas l'unique terrain de ce surinvestissement, car celui-ci transcende l'ensemble de la matière<sup>1198</sup>, il demeure un des champs de quadrillage favorisé par le législateur. Ainsi, la pénalisation de l'inceste peut surprendre<sup>1199</sup>. Sa présence témoigne d'une volonté expressive écrasante, contribuant à une subjectivisation du viol, sans aucune modification des peines encourues. Chaque forme d'agression sexuelle comporte sa part d'horreur. Attribuer au législateur le rôle de toutes les nommer peut s'avérer malheureux pour la loi pénale. S'il est important que certains mots soient posés pour soulager les souffrances, les magistrats pourraient aisément s'en charger. Se contentant d'un *vide répressif* pour trouver une légitimité, le droit pénal est utilisé à titre liminaire, là où tout indique qu'il devrait être subsidiaire. Par conséquent, les nombreuses, voire innombrables infractions qui entourent le proxénétisme peuvent intriguer. La nécessité de punir en tant que proxénète, l'individu qui

---

<sup>1194</sup> Pour une nouvelle définition de la nécessité, voir *infra* n° 352 s.

<sup>1195</sup> Voir *infra* n° 361 s.

<sup>1196</sup> En 1981, le Conseil constitutionnel a posé un principe selon lequel dans le cadre de sa mission du contrôle de constitutionnalité, « il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci, alors qu'aucune disposition du titre Ier de la loi n'est manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789 » (n° 19-20 80-127 DC janvier 1981, loi dite « sécurité-liberté » ; également n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, communication audiovisuelle). Il existe toutefois quelques exceptions : 10 mars 2011, DC n° 2011-625, *JO* du 11 mars 2011, loi pour la performance de la sécurité intérieure et Cons. const. 16 juillet 1996, DC n° 96-377, *JO* du 23 juillet 1996, loi tendant à renforcer la répression du terrorisme.

<sup>1197</sup> Voir notamment Cons. const. 3 septembre 1986, DC n° 86-215, *JO* du 5 septembre 1986 (relative à la répression de l'association de malfaiteurs et de certaines formes de violence) ; Cons. const. 20 janvier 1994, DC n° 93-334, *JO* du 26 janvier 1994 (relative à l'institution d'une peine incompressible) ; Cons. const. 6 septembre 2019, DC QPC n° 2019-799/800, *JO* du 7 septembre 2019 (relative conditions de la libération conditionnelle pour les étrangers condamnés pour terrorisme)

<sup>1198</sup> V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations » in *Le champ pénal, Mélanges R. Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 155 s. ; V. MALABAT, « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal » in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 75 s.

<sup>1199</sup> Voir *supra* n° 239 s.

vendrait un véhicule à une personne prostituée ou celui qui lui louerait un appartement<sup>1200</sup> s'évapore. De même, est-il nécessaire de pénaliser la proposition sexuelle d'un majeur à un mineur en tant que telle<sup>1201</sup> ? N'aurait-il pas été plus perspicace de confondre cette infraction avec la corruption de mineur, en définissant davantage cette infraction<sup>1202</sup> ? *Quid* de la pénalisation de l'outrage sexiste ? Existait-il réellement un vide répressif ? Ces comportements ne pouvaient-ils pas intégrer les violences volontaires, le harcèlement<sup>1203</sup> ? La dynamique répressive ne s'embarrasse pas de la nécessité et jamais n'est posée la question de la légitimité du droit pénal à répondre de tout ce qui froisse la morale<sup>1204</sup>. Pourtant, comme le soulignait la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) : « l'affirmation symbolique du rejet de certaines pratiques ne peut justifier l'écueil de l'accumulation de lois pénales de purs affichage, sans se soucier des conditions de leur mise en œuvre »<sup>1205</sup>.

Ces promulgations tous azimuts semblent souvent se faire en dépit de diverses exigences fondamentales, telles que la qualité des textes ou la nécessité de la norme pénale. Toutefois, pour une application effective et efficace, il est nécessaire que les infractions respectent le principe de légalité et ses conséquences. Rappelons que « le principe de la légalité ne s'impose pas comme une sorte d'obligation morale ou comme règle de conduite qu'il est convenable de suivre ; il s'impose comme une véritable règle de droit avec comme conséquence et sanction l'annulation de la disposition législative qui lui est contraire »<sup>1206</sup>. Ainsi, l'excès de répression pourrait bien s'avérer contre-productif, conduisant à une application de plus en plus délicate de ces incriminations.

## 2. Une application délicate des incriminations

**307. Des infractions maladroites.** Au-delà du simple constat d'une atteinte effective au principe de légalité et de ses composantes, la prolifération des infractions risque de s'avérer

---

<sup>1200</sup> Article 225-10, 3° et 4° du Code pénal.

<sup>1201</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>1202</sup> Voir *infra* n° 373.

<sup>1203</sup> Voir *infra* n° 376.

<sup>1204</sup> Pour une proposition de définition du principe de nécessité et les incidences d'une nouvelle détermination sur les infractions sexuelles, voir *infra* n° 349 s.

<sup>1205</sup> CNCDH, *Avis sur la lutte contre les violences sexuelles : une urgence sociale de santé publique, un enjeu pour les droits fondamentaux*, 20 novembre 2018, p. 26.

<sup>1206</sup> L. FAVOREU, « La constitutionnalité du droit pénal et de la procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, p. 169 s.

dommageable. En effet, l'érosion des incriminations engendre de réelles difficultés quant à leur application pratique et il arrive que le juge pénal ne sache plus toujours à quel article se vouer.

**308. L'articulation délicate des agressions sexuelles.** L'exemple le plus frappant concerne les agressions sexuelles, viol y compris, et l'atteinte sexuelle. Entre ces infractions le juge balance. Les éléments constitutifs du viol et des agressions sexuelles prêtent à confusion. Toute l'hésitation se centralisait autour de l'appréciation de la contrainte<sup>1207</sup>. Que recouvre-t-elle ? La notion semble si opaque que l'article 222-22-1 du Code pénal a progressivement été précisé par le législateur au fil des années. En 2010<sup>1208</sup>, la notion était une première fois définie par le législateur : « 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 »<sup>1209</sup>. Purement didactique, cet article se contente de préciser ce que peut être la contrainte, sans prétendre à l'exhaustivité. En 2018, le législateur intervient une nouvelle fois. Selon la loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes<sup>1210</sup>, « 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 »<sup>1211</sup>. En consacrant légalement une jurisprudence établie, le législateur brouille davantage la limite entre l'atteinte sexuelle et les agressions sexuelles (viol et autre agression sexuelle) par l'usage d'une loi didactique. À ce titre, le juge considère tantôt que le bas-âge de l'enfant induit nécessairement une contrainte ou une surprise<sup>1212</sup>, tantôt que ce dernier a toutes les connaissances et les facultés nécessaires pour accepter la relation sexuelle et de fait, que seule l'atteinte sexuelle est constituée<sup>1213</sup>. D'un magistrat à l'autre l'appréciation peut évoluer. D'un enfant à un autre, celle-ci fluctue nécessairement. Néanmoins la différence de peine est flagrante puisque l'auteur d'un viol sur

<sup>1207</sup> CH. GUERY, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ Pénal* 2010, p. 126 s.

<sup>1208</sup> Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO* du 9 février 2010.

<sup>1209</sup> Depuis la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021, le verbe « exerce » a été remplacé par « a ».

<sup>1210</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018.

<sup>1211</sup> Article 222-22-1 du Code pénal.

<sup>1212</sup> Dans ce cas le viol ou l'agression sexuelle seront qualifiés en fonction de la présence ou non d'un acte de pénétration (Cass. crim. 7 décembre 2005, n° 05-81.316, *Bull. crim.* n° 326 ; *D.* 2006. IR 175, obs. GIRAULT ; *D.* 2006. Pan. 1655, obs. GARE ; *AJ Pénal* 2006. 81 ; *Droit pénal* 2006. 31, obs. VERON ; *RSC* 2006. 319, obs. MAYAUD ; Cass. crim. 5 décembre 2007, n° 07-80.068, *D.* 2008. Pan. 1861, obs. BONFILS).

<sup>1213</sup> Dans ce cas, l'atteinte sexuelle pourrait être qualifiée (Cass. crim. 1<sup>er</sup> mars 1995, n° 94-85.393, *Bull. crim.* n° 92 ; *D.* 1996. Somm. 241, obs. MALBRANCQ DECOURCELLE ; *Droit pénal* 1995. 171, note VERON).



mineur encourt vingt ans de réclusion criminelle, alors que l'auteur d'une atteinte sexuelle encourt désormais sept ans d'emprisonnement.

Désormais, le débat s'est déplacé mais la clarté ne s'est pas imposée. Depuis la loi du 21 avril 2021<sup>1214</sup>, le viol et l'agression sexuelle peuvent ignorer l'absence de contrainte, menace, violence ou surprise<sup>1215</sup>. Il suffit que la relation mette en présence un mineur de quinze ans et un majeur d'au moins cinq ans son aîné pour qu'elle soit condamnable. Face à cette nouveauté, la place de l'atteinte sexuelle intrigue. Pourquoi conserver l'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans si la relation est qualifiée de viol ou agression sexuelle ? En réalité, l'atteinte sexuelle aura vocation à s'appliquer dans un cas très particulier, celui d'une relation entre un mineur et un majeur de moins de cinq ans son aîné. Concrètement, l'infraction s'appliquera pour sanctionner la sexualité d'un mineur de treize ans et un majeur de dix-huit, d'un mineur de quatorze ans avec un majeur de dix-neuf ans maximum et enfin, celle d'un mineur de quinze ans avec un majeur de vingt ans maximum. Était-il réellement nécessaire de conserver cette incrimination pour des cas si limités ? L'excuse « Roméo et Juliette »<sup>1216</sup> connaît une limite de taille, celle de l'atteinte sexuelle. Face à l'extension des qualifications de viol et d'agression sexuelle, les incriminations parallèles s'affaiblissent. Progressivement, ces dernières deviennent subsidiaires et interviennent en précaution. De la même façon, la condition d'âge prévue par le viol et l'agression sexuelle nouvellement définis disparaît lors que le comportement est commis « 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 »<sup>1217</sup>. Le recours à la prostitution d'un mineur constitue donc un viol ou une agression sexuelle. Parallèlement, ces agissements sont également réprimés par l'article 225-12-1 du Code pénal<sup>1218</sup>. Les peines peuvent atteindre dix ans d'emprisonnement, « hors les cas dans lesquels ces faits constituent un viol ou une agression sexuelle [...] lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans »<sup>1219</sup>. Cet article s'inscrit donc dans le cas précis où les cinq ans d'écart ne sont pas constatés ou qu'il s'agit non

---

<sup>1214</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>1215</sup> Article 222-23-1 du Code pénal (viol) et Article 222-29-2 du Code pénal (agression sexuelle).

<sup>1216</sup> L'idée de cette clause qui fixe l'écart de cinq ans reposait sur la volonté de ne pas pénaliser les relations sexuelles adolescentes qui se poursuivent après la majorité de l'un des auteurs.

<sup>1217</sup> Article 222-23-1 du Code pénal (viol) et Article 222-29-2 du Code pénal (agression sexuelle).

<sup>1218</sup> « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, 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, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ».

<sup>1219</sup> Article 225-12-2 du Code pénal.

plus d'un mineur mais d'une personne vulnérable. Dans les faits, les deux qualifications auront sans doute vocation à s'ajouter. De filet de sécurité en filet de sécurité, ces infractions attestent du manque de réflexion d'ensemble. Les qualifications se chevauchent, s'excluent, voire même, s'ajoutent.

**309. L'abîme des qualifications.** Face à la pluralité d'incriminations, le juge pénal hésite et finit par les cumuler. À titre d'exemple, le 20 février 2019, la Cour de cassation<sup>1220</sup> n'a pas censuré les nombreuses préventions retenues par les juges du fonds, quand bien même celles-ci ne respecteraient pas la *ratio legis* propre à chacune d'entre elle. En l'espèce, il s'agissait d'un homme, renvoyé devant le tribunal correctionnel pour agressions sexuelles sur mineures de quinze ans<sup>1221</sup> et corruption de mineurs<sup>1222</sup>. Alors qu'il fut condamné en première instance, la cour d'appel a toutefois requalifié la corruption de mineur en délit de propositions sexuelles faites par un majeur à un mineur de quinze ans<sup>1223</sup>. Ce dernier avait envoyé à l'une des mineures plusieurs messages à caractère pornographique. Cependant, ce cumul interroge. La proposition sexuelle permet de réprimer l'individu en amont, afin d'empêcher la réalisation d'une infraction plus grave. Les deux incriminations sont donc, *a priori*, exclusives l'une de l'autre. Dès lors que le comportement se transforme en agression sexuelle, la proposition disparaît car elle en devient le moyen. Or, en l'espèce, la Cour de cassation reconnaît leur cumul. Méprisant le fondement de ces infractions, ces dernières semblent s'ajouter sans difficulté. Il est ainsi aisé de constater les difficultés de qualification inhérente à leur prolifération. Les magistrats peinent à arborer une vue d'ensemble. Les infractions s'ajoutent et se recoupent jusque dans leur application.

De même, l'imbrication des propositions sexuelles<sup>1224</sup> et des messages pornographiques susceptibles d'être vus par un mineur<sup>1225</sup> semble délicate. En effet, le 5 juin 2019, la Cour de cassation a estimé que l'envoi de plusieurs SMS tels que « Kan on se voi pr senvoyer en fair ? », « tu as une bouche à pipe », « Damage !!! avec ton petit cul tu aurais eu du plaisir », et « tps pis/je baisera ton mec » étaient constitutifs de messages pornographiques susceptibles d'être vus par un mineur. Or, une nouvelle fois, la Cour de cassation s'égare dans son appréhension des infractions sexuelles. En effet, comme le souligne E. DREYER, « il n'y avait plus de prise de

---

<sup>1220</sup> Cass. crim. 20 février 2019, n° 18-82.334 ; *RSC* 2019, obs. DREYER p. 642.

<sup>1221</sup> Article 227-25 du Code pénal.

<sup>1222</sup> Article 227-22 du Code pénal.

<sup>1223</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>1224</sup> *Ibidem*.

<sup>1225</sup> Article 227-22 du Code pénal.

risque mais une volonté certaine de s'adresser à une mineure qui excluait l'application de l'article 227-24 »<sup>1226</sup>. En effet, la volonté d'adresser ces messages à la mineure ne permet pas de retenir l'article 227-24 du Code pénal qui punit l'absence de précaution. Il aurait été plus légitime de poursuivre pour corruption de mineur si la consécration prétorienne d'un dol spécial ne l'avait pas empêché<sup>1227</sup>. De même, les propositions sexuelles ne sont sanctionnées que lorsqu'elles s'adressent à des mineurs de quinze ans<sup>1228</sup>. À ce titre, seul le recours aux messages malveillants<sup>1229</sup> auraient du permettre la pénalisation du professeur. Précisons d'ailleurs que cette infraction fut également retenue par la Cour de cassation, validant un cumul de qualification douteux<sup>1230</sup>.

Le foisonnement des incriminations entraîne une redondance ayant pour conséquence une application délicate de ces dernières car « les concours de qualifications induisent une preuve difficile donc un prononcé de sanction délicat, et, par force, de nombreuses relaxes »<sup>1231</sup>.

**310. Des infractions inapplicables.** Au-delà des infractions impraticables, il existe des infractions que l'on pourrait qualifier d'inapplicables par volonté, par choix. Ces incriminations existent non pour que la sanction soit prononcée mais pour une autre fonction, expressive ou déclarative<sup>1232</sup>. L'application matérielle de ces dernières semble parfois tout à fait délaissée. Prenons pour exemple la pénalisation des clients de la prostitution. Selon l'article 611-1 du Code pénal : « le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, 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 est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe »<sup>1233</sup>. En l'espèce, la preuve sera extrêmement délicate à rapporter. Comment

---

<sup>1226</sup> E. DREYER, « Tester la fidélité d'une mineure par SMS : attention, danger ! (Cour de cassation du 5 juin 2019, n° 18-84.350) », *RSC* 2019, p. 644 s., spéc. p. 645.

<sup>1227</sup> Article 227-22 du Code pénal.

<sup>1228</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>1229</sup> Article 222-16 du Code pénal.

<sup>1230</sup> Sur la réécriture de ces infractions sexuelles, voir *infra* n° 373.

<sup>1231</sup> CH. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RCS* 2004, p. 194 s., spéc. p. 198.

<sup>1232</sup> À ce titre, la pénalisation de l'inceste semble être l'exemple le plus éclairant. Voir *supra* n° 377 s.

<sup>1233</sup> Cet article a été considéré conforme à la Constitution dans une décision du Cons. const. 1<sup>er</sup> février 2019, DC QPC n° 2018-761, *JO* du 2 février 2019 ; *Constitutions* 2018, 605 ; *RSC* 2019, p. 85, obs. Y. MAYAUD, texte n° 104, *JCP* 2019, n° 202, note P. MISTRETTA. Sur le sujet voir notamment C. KUREK, « La loi pénalisant les clients de la prostitution : objectif rempli pour le législateur ? », *AJ Pénal* 2019, p. 210 s. ; A. PONSEILLE, « La pénalisation du recours à la prostitution soumise à l'examen du Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2019, p. 83 s. Sur la piètre qualité rédactionnelle voir A. CASADO, « Brèves remarques à la lecture de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *Droit pénal*, juin 2016, étude 12 ; P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273 s.

prouver la rémunération de l'acte sexuel et le lien de corrélation entre les deux ? Seule la flagrance sera envisageable. Comme le précise l'évaluation de la loi du 13 avril 2016 : « La contravention de recours à la prostitution instaurée par la loi reste peu constatée, avec 586 procédures en 2016, 1422 en 2017 et 1185 en 2018, dont 17 en état de récidive légale »<sup>1234</sup>. Son application diffère largement en fonction des départements puisque si la moitié des procédures se concentre à Paris, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur en dénombre seulement 10<sup>1235</sup>. Suites à une table ronde de la délégation aux droits des femmes en date du 8 avril 2021, A. BILLON a annoncé que : l'« application effective [de la loi du 13 avril 2016] sur l'ensemble du territoire est loin d'être à la hauteur des espérances exprimées il y a cinq ans par tous les défenseurs de la lutte contre le système prostitutionnel ». Elle ajoute que « sur une population totale de près de 40 000 personnes en situation de prostitution, 564 seulement ont bénéficié de la mise en oeuvre d'un parcours de sortie de la prostitution, soit moins de 2 % » et que le nombre de condamnation demeure résiduel et concentré en région parisienne<sup>1236</sup>. Peut-être est-ce parce que cette infraction n'a pas réellement vocation à être appliquée<sup>1237</sup> ? Il apparaît que cette infraction se limite surtout l'expression de certaines valeurs. Dans ce cas, pourquoi en avoir fait une contravention et non un délit ? Seuls les crimes et délits sont porteurs de valeurs sociales. Les contraventions relèvent d'une sanction de l'indiscipline<sup>1238</sup>. « Recourir à une contravention pour sanctionner l'achat d'acte sexuel, c'est affirmer que le client est indiscipliné... on croit rêver, en tout cas, on est bien loin de garantir une protection un minimum effective à la prétendue valeur dignité bafouée »<sup>1239</sup>.

De même, l'outrage sexiste<sup>1240</sup> se situe au sein de ces infractions difficilement praticables car sa pénalisation supposerait une constatation immédiate par les services d'enquête. « Pensant avoir trouvé le remède miracle, la loi Schiappa a modifié diverses dispositions pour permettre

---

<sup>1234</sup> Évaluation de la loi du 13 avril 2016 visant renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées disponible, p. 48 s. sur [https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/06/rapport\\_prostitution.pdf](https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2020/06/rapport_prostitution.pdf) (Dernière consultation le 31 août 2021). P. JANUEL, « Prostitution : un rapport de l'inspection éreinte l'action du gouvernement », *Dalloz actualité*, 24 juin 2020.

<sup>1235</sup> *Ibidem*.

<sup>1236</sup> Délégation aux droits de femmes, compte rendu du 27 mai 2021 disponible sur [http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210524/ddf\\_2021\\_05\\_27.html](http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210524/ddf_2021_05_27.html) (Dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1237</sup> Précisons que certaines politiques pénales comme celle menée par le parquet de Nancy, tentent d'appliquer cet article, n'hésitant pas à prévoir à cet effet des audiences publiques, de nature à attirer l'infamie sur le client (F. PERAIN, Colloque, *Deux ans après, quelles applications pour la loi du 13 avril 2016 sur la pénalisation des clients de la prostitution ?*, Nancy, 6 avril 2018).

<sup>1238</sup> Sur la nature du texte d'espèce voir A. CASADO, « Brèves remarques à la lecture de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », art. préc.

<sup>1239</sup> P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », art. préc., spéc. p. 175.

<sup>1240</sup> Article 621-1 du Code pénal.

à des fonctionnaires habilités de constater en flagrance ces infractions. Ainsi, l'outrage sexiste peut être constaté par des agents de police judiciaire adjoints (APJA), sachant que lorsqu'ils constatent une infraction par procès-verbal, ils peuvent recueillir les éventuelles observations du contrevenant<sup>1241</sup> »<sup>1242</sup>. Si en apparence cette modification est intéressante, il reste à espérer que les APJA soient présents au bon moment et au bon endroit<sup>1243</sup>...

Dans le même sens, rappelons que le racolage<sup>1244</sup> répondait aux mêmes incertitudes probatoires. Certaines incriminations sont adoptées davantage pour la forme que pour le fond, conduisant à une application délicate et faisant d'elles des infractions inapplicables. La volonté de signifier, de baliser et d'indiquer la bonne sexualité conduit à faire de la loi pénale un outil d'exposition passif et insatisfaisant, en dépit d'une efficacité réelle.

L'influence des mœurs sur le droit pénal ne se fait pas sans risque pour la matière pénale. La prolifération des incriminations induit une mise à mal du principe de légalité, engendrant nécessairement une application délicate de ces dernières. Se contentant d'un pouvoir expressif très relatif, la matière pénale perd de sa superbe et de son sens. De plus, la mauvaise qualité ne s'arrête pas aux incriminations. Le régime lui-même est ce que l'on pourrait appeler un régime en *jachère*.

## **B. Un régime en jachère**

**311. Un régime confus.** Le régime des infractions pénales connaît aujourd'hui de nombreuses déconvenues liées aux interventions spasmodiques du législateur en matière sexuelle. Sans recul, ce dernier multiplie les exceptions et développe un régime ultra-dérogatoire. Pourtant, le principe de légalité sous-tend l'ensemble de la matière pénale. Loin de se limiter au droit pénal général, ce procédé s'étend aussi à la procédure pénale<sup>1245</sup> et au droit

---

<sup>1241</sup> Article 21 du Code de procédure pénale.

<sup>1242</sup> C. CLAVERIE-ROUSSET, « Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes », *Droit pénal*, octobre 2018, étude n° 23.

<sup>1243</sup> Sur les statistiques, un an après la loi, 735 infractions pour délit d'outrage sexiste avaient été enregistrées par les forces de sécurité (Infostat Justice, *Les outrages sexistes enregistrés par les services de sécurité*, n° 13, novembre 2019). Si la possibilité de sanctionner ces comportements par une autre incrimination demeure, les chiffres révèlent l'existence d'une utilisation de l'infraction.

<sup>1244</sup> Ancien article 225-10-1 du Code pénal.

<sup>1245</sup> R. GASSIN, « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *RPDP* 2001, p. 300 s. ; V. MALABAT, « Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque », *Revue de droit d'Assas*, février 2012, n° 5, p. 83 s., spéc. p. 83.

des peines<sup>1246</sup>. Néanmoins, qu'il s'agisse de la procédure pénale ou des peines encourues, l'application effective du principe de légalité n'est que parcellaire. Déraisonnablement, le régime des infractions pénales s'accroît (1) au point que son application devienne tout à fait impossible (2).

*1. Une prolifération déraisonnable des dispositifs*

**312. Quand l'exception devient la règle.** De façon particulièrement significative, le déluge d'interventions du législateur est révélé par l'évolution du livre IV intitulé « de quelques procédures particulières », qui n'a cessé de se gonfler au fil des années, au point de contenir pas moins de trente et un titres différents. Se côtoient ainsi la procédure des crimes et des délits en matière militaire et des crimes et délits contre les intérêts fondamentaux de la nation, la procédure applicable aux infractions en matière sanitaire, la procédure relative au faux, celle concernant la protection des témoins, mais également la procédure relative aux infractions de nature sexuelle et relative à la protection des mineurs victimes. Devant l'étendue de ces dérogations, le régime de droit commun semble être devenu marginal. Selon B. DE LAMY, « malgré ses défauts, le Code pénal fait pourtant bonne figure à côté du Code de procédure pénale. Ouvrage en chantier ne véhiculant plus de modèle de procédure »<sup>1247</sup>. Cela souligne parfaitement l'état actuel du Code de procédure pénale.

La multitude des procédures particulières renferme une multitude d'incriminations, notamment concernant le titre relatif aux infractions de nature sexuelle et à la protection des mineurs victimes<sup>1248</sup>. Les incriminations visées par l'article 706-47 du Code de procédure pénale sont

---

<sup>1246</sup> M.-A. AGARD-PEANO, « Le principe de la légalité et la peine », *RPDP* 2001, p. 289 s.

<sup>1247</sup> B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Cahiers de droit*, vol. 50, n° 3-4, 2009, p. 585 s., spéc. p. 593.

<sup>1248</sup> Titre XIX du Livre IV.

intarissables<sup>1249</sup>. Cet article a été modifié huit fois depuis 1998<sup>1250</sup>, ne cessant de se distendre pour accueillir toujours plus de comportements considérés déviants. Le législateur a d'ailleurs été contraint d'intervenir afin de faire apparaître visuellement les infractions concernées, car l'article était devenu tout à fait impraticable<sup>1251</sup>. Celui-ci met en exergue les interventions compulsives du législateur qui semble avoir oublié que la loi devait être touchée d'une main tremblante<sup>1252</sup>. À l'image de cet article se décline la totalité du régime des infractions sexuelles.

**313. Des peines inaccessibles.** La prolifération des peines ne laisse pas intacts les principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi pénale. Multipliant les possibilités, le législateur n'adopte pas de réflexion globale. Il se contente d'ajouter, par petites touches, certaines peines à l'édifice, sans s'intéresser au respect du principe de légalité et particulièrement la nécessaire accessibilité qui en émane. À titre d'exemple, la contrainte pénale et le sursis avec mise à l'épreuve se recouvraient au niveau des obligations, à tel point que le législateur dut intervenir

---

<sup>1249</sup> « 1° Crimes de meurtre ou d'assassinat prévus aux articles 221-1 à 221-4 du code pénal, lorsqu'ils sont commis sur un mineur ou lorsqu'ils sont commis en état de récidive légale ; / 2° Crimes de tortures ou d'actes de barbarie prévus aux articles 222-1 à 222-6 du même code et crimes de violences sur un mineur de quinze ans ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente prévus à l'article 222-10 dudit code ; / 3° Crimes de viol prévus aux articles 222-23 à 222-26 du même code et délit prévu à l'article 222-26-1 du même code ; / 4° Délits d'agressions sexuelles prévus aux articles 222-27 à 222-33 du même code ; / 5° Délits et crimes de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur prévus aux articles 225-4-1 à 225-4-4 du même code ; / 6° Délit et crime de proxénétisme à l'égard d'un mineur prévus au 1° de l'article 225-7 et à l'article 225-7-1 du même code ; / 7° Délits de recours à la prostitution prévus aux articles 225-12-1 et 225-12-2 du même code ; / 8° Délit de corruption de mineur prévu à l'article 227-22 du même code ; / 9° Délit de proposition sexuelle faite par un majeur à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique, prévu à l'article 227-22-1 du même code ; / 10° Délits de captation, d'enregistrement, de transmission, d'offre, de mise à disposition, de diffusion, d'importation ou d'exportation, d'acquisition ou de détention d'image ou de représentation pornographique d'un mineur ainsi que le délit de consultation habituelle ou en contrepartie d'un paiement d'un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, prévus à l'article 227-23 du même code ; / 11° Délits de fabrication, de transport, de diffusion ou de commerce de message violent ou pornographique susceptible d'être vu ou perçu par un mineur, prévus à l'article 227-24 du même code ; / 12° Délit d'incitation d'un mineur à se soumettre à une mutilation sexuelle ou à commettre cette mutilation, prévu à l'article 227-24-1 du même code ; / 13° Délits d'atteintes sexuelles et de tentatives d'atteinte sexuelle prévus aux articles 227-25 à 227-27-2 du même code ; / 14° Délit d'incitation à commettre un crime ou un délit à l'encontre d'un mineur, prévu à l'article 227-28-3 du même code ».

<sup>1250</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998.

<sup>1251</sup> Rédaction de l'article antérieurement à la Loi n° 2016-457 du 14 avril 2016 relative à l'information de l'administration par l'autorité judiciaire et à la protection des mineurs, *JO* 15 août 2016 : « Les dispositions du présent titre sont applicables aux procédures concernant les infractions de meurtre ou d'assassinat d'un mineur précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou pour les infractions d'agression ou d'atteintes sexuelles, de traite des êtres humains à l'égard d'un mineur ou de proxénétisme à l'égard d'un mineur, ou de recours à la prostitution d'un mineur prévues par les articles 222-23 à 222-31, 225-4-1 à 225-4-4, 225-7 (1°), 225-7-1, 225-12-1, 225-12-2 et 227-22 à 227-27 du code pénal ».

Ces dispositions sont également applicables aux procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les crimes de tortures ou d'actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale ».

<sup>1252</sup> MONTESQUIEU, *Lettres persanes*, Le livre de poche, 2006.

pour fondre ensemble ces deux mesures au sein du sursis probatoire<sup>1253</sup>. Afin de mieux comprendre ce phénomène, il n'y a qu'à tenter de répertorier les infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru. La tâche est titanesque. Éparpillé dans les méandres du Code pénal, aucun des articles n'indique de façon exhaustive quelles infractions sont concernées par le suivi socio-judiciaire<sup>1254</sup>. Cette peine semble être à l'image des dérives du régime, modifiée par à-coups, sous l'effet de la loi qui se transforme en exutoire des tensions sociales, comme un « moyen de rassurer l'opinion publique et de satisfaire tel groupe de victimes sans s'interroger sur les textes existants ni les difficultés de mise en œuvre de ceux que l'on entasse »<sup>1255</sup>.

**314. Une prescription imprévisible.** En dépit de la récente réforme<sup>1256</sup>, l'exemple de la prescription de l'action publique demeure intéressant car l'institution cristallise autour d'elle les angoisses d'une époque, qui incitent le législateur à intervenir encore et toujours, au risque de rendre les articles du Code de procédure pénale impraticables<sup>1257</sup>. En effet, les multiples interventions législatives et judiciaires n'ont cessé de rendre l'institution imprévisible. Par petites touches, le législateur peint le Code de procédure pénale comme un tableau de J. POLLOCK. La lecture des articles 7 et 8 du Code de procédure pénale manifeste parfaitement la réalité d'une véritable procédure en jachère<sup>1258</sup>. Outre le procédé des renvois désormais

---

<sup>1253</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* du 24 mars 2019.

<sup>1254</sup> Voir annexe.

<sup>1255</sup> B. DE LAMY, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », art. préc., spéc. p. 588.

<sup>1256</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JO* du 28 février 2017. Pour aller plus loin voir D. BOCCON-GIBOD, « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique », *AJ Pénal* 2016, p. 297 s. ; B. BOULOC, « Regard sur la prescription pénale », *AJ Pénal* 2016, p. 294 s. ; J. BUISSON, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 », *Procédures*, n° 4, avril 2017, étude n° 20 ; ; C. COURTIN, « La prescription des infractions contre les mineurs », *AJ Pénal* 2016, p. 299 s. ; P. FARGE, « Attendre et espérer », *AJ Pénal* 2016, p. 292 s. ; A. DARSONVILLE, « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ Pénal* 2016, p. 306 s. ; CH. GUERY, « De la formule "depuis temps non couvert par la prescription de l'action publique" et de ses effets », *AJ Pénal* 2016, p. 306 s. ; C. INGRAIN et R. LORRAIN, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *Daloz actualité*, 20 février 2017 ;

<sup>1257</sup> Articles 7 et suivants du Code de procédure pénale.

<sup>1258</sup> Selon l'article 7 du Code de procédure pénale : « L'action publique des crimes se prescrit par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.

L'action publique des crimes mentionnés aux articles 706-16, 706-26 et 706-167 du présent code, aux articles 214-1 à 214-4 et 221-12 du code pénal et au livre IV bis du même code se prescrit par trente années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.

L'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par trente années révolues à compter de la majorité de ces derniers ; toutefois, s'il s'agit d'un viol, 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.

L'action publique des crimes mentionnés aux articles 211-1 à 212-3 du code pénal est imprescriptible ».



habituel, ces articles soulignent aisément le poids des exceptions. Dans le brouillard collectif de l'émotion, la prescription de l'action est la première accusée, sacrifiée ou détournée. Les exceptions se multiplient à tel point que les lois relatives à la prescription des infractions sexuelles sur mineurs sont désignées comme étant « kafkaïennes »<sup>1259</sup>. Le point de départ de la prescription de l'action publique, son délai et les infractions concernées ne cessent d'interpeller le législateur<sup>1260</sup>. Si les infractions sexuelles sur les mineurs sont les plus exposés, ce phénomène se propage. Témoigne également de cette frénésie législative, la réaction du pouvoir exécutif à la suite des révélations de cyber-harcèlement qui se serait déroulé entre 2009 et 2012. Alors que la secrétaire d'État, M. SCHIAPPA, apportait son soutien sur twitter, elle fut interpellée d'un tweet de l'une des concernées : « Merci pour ça. Mais ça ne résout pas le problème de la prescription... ». Sa réaction ne se fit pas attendre et immédiatement, elle répondit : « rien n'empêche d'étudier l'allongement des délais de prescription » insistant sur le fait que l'« on vient de l'allonger de 10 ans pour les viols sur mineurs »<sup>1261</sup>. Sans être étonnant, ce réflexe est de nature à inquiéter quant à la prévisibilité de son régime. En la matière, tout est possible comme en témoigne l'inauguration de la prescription glissante<sup>1262</sup>. Les infractions instantanées peuvent à présent former un ensemble connexe de nature à faire perdurer la prescription de l'action publique. Tout est mis en œuvre pour lui faire échec.

Rappelons que la prescription de l'action publique est opportunément considérée comme une loi de forme, la faisant par là même échapper au principe de non rétroactivité relatif aux lois pénales de fond<sup>1263</sup>. La différence notable de régime tient au fait que les lois pénales de forme ne touchent ni aux incriminations ni aux peines, mais à la procédure pénale ainsi qu'à l'exécution

---

Il en est de même concernant l'article 8 du Code de procédure pénale qui dispose que : « L'action publique des délits se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.

L'action publique des délits mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, à l'exception de ceux mentionnés aux articles 222-29-1 et 227-26 du code pénal, se prescrit par dix années révolues à compter de la majorité de ces derniers.

L'action publique des délits mentionnés aux articles 222-12, 222-29-1 et 227-26 du même code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par vingt années révolues à compter de la majorité de ces derniers.

L'action publique des délits mentionnés à l'article 706-167 du présent code, lorsqu'ils sont punis de dix ans d'emprisonnement, ainsi que celle des délits mentionnés aux articles 706-16 du présent code, à l'exclusion de ceux définis aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du code pénal, et 706-26 du présent code et au livre IV bis du code pénal se prescrivent par vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise »

<sup>1259</sup> CH. GUERY, « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », *D.* 2004, p. 3015 s.

<sup>1260</sup> Voir *supra* n° 153 s.

<sup>1261</sup> Voir S. PAPILLON, « La ligue du LOL, la prescription ne tient plus qu'à un tweet », *Dalloz actualité*, 21 février 2019.

<sup>1262</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>1263</sup> Article 112-2, 4° du Code pénal.

des condamnations. *A priori*, les lois pénales de forme ne devraient donc pas porter atteinte aux droits du justiciable, mais uniquement améliorer la justice dans son fonctionnement. Or, il est évident qu'un allongement des délais de prescription de l'action publique, récurrent en la matière<sup>1264</sup>, a un impact sur le justiciable. Le choix opéré en faveur du mécanisme de forme n'apparaît pas anodin. En effet, celui-ci souligne une forme d'hostilité vis-à-vis de la prescription, puisqu'il fait nécessairement échec au principe de non rétroactivité de la loi pénale, usant de la dichotomie entre les lois de forme et celles de fond dans une finalité punitive. Un individu dont l'infraction n'aurait pas encore été prescrite a pu voir le délai s'allonger sous le coup de la loi du 27 février 2017<sup>1265</sup>, contrevenant au respect du principe de légalité et de prévisibilité de la loi pénale<sup>1266</sup>.

Enfin, la difficulté à appliquer la prescription témoigne de l'absence de volonté de l'appliquer. Tout tend à montrer une mise à mort de l'institution. Toutefois, si cette distension des délais de prescription a pour conséquence première la satisfaction de l'opinion publique et des victimes, la réalité des poursuites et des condamnations intrigue davantage. Quelle preuve sera possible, plus de trente ans après les faits ? Sur quels éléments objectifs pourrait se fonder une condamnation ? Face à la fébrilité de la parole-contre-parole, il est fort à parier (espérer ?) que le doute bénéficiera à l'accusé. Ainsi, la réponse pénale n'aura pas été consacrée par un classement sans suite ou un non-lieu au nom du respect de la prescription de l'action publique, mais la réponse apportée à la victime sera celle d'une relaxe ou d'un acquittement au profit du doute<sup>1267</sup>. Comment faire accepter à la victime l'idée selon laquelle nous ne sommes pas convaincus par la véracité de ses propos ? L'allongement des délais de prescription sont davantage tourné vers la satisfaction immédiate de la population, au risque de ne jamais devenir réalité<sup>1268</sup>. Entre précipitation et émotion, un tel emploi de la prescription de l'action publique ne saurait qu'alarmer le juriste. La dangerosité d'un tel système, méprisant tout à fait l'idée même du principe de légalité, n'est plus à prouver. Il semblerait pourtant judicieux que les choix

---

<sup>1264</sup> Ce constat se ressent particulièrement concernant les infractions sexuelles sur mineur. Voir notamment CH. GUERY, « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », art. préc..

<sup>1265</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JO* du 28 juillet 2017.

<sup>1266</sup> Pour une illustration du phénomène voir *supra* n° 153 s.

<sup>1267</sup> En 2016, presque la moitié des affaires de violences sexuelles était classée sans suite pour manque de preuve. Lorsque les poursuites étaient engagées, nombreuses donnaient lieu à un non-lieu, une relaxe ou un acquittement pour des raisons similaires (Infostat Justice, *Violences sexuelles et atteintes aux mœurs : les décisions du parquet et de l'instruction*, Bulletin d'information statistique n° 160, mars 2018).

<sup>1268</sup> Sur la possibilité d'une prescription repensée, voir *infra* n° 425 s.

fassent l'objet d'une réflexion d'ensemble, garantissant une certaine cohérence afin de ne pas laisser s'installer ce régime en jachère<sup>1269</sup>.

Apparaît alors un empilement des textes sans qu'il ne soit procédé à une évaluation de l'application du précédent et de son efficacité. Le principe de légalité n'est plus qu'un idéal qui résonne, qu'un objet qui encombre. Le législateur n'a pas le temps de raisonner, il faut qu'il agisse rapidement. Il doit répondre à l'opinion publique et aux victimes, il doit répondre vite, non répondre bien. Sujettes à l'expositions, les infractions sexuelles sont les principales concernées par les effets de cette panique émotionnelle. Du non-respect du principe de légalité émane une réelle difficulté à appliquer le régime propre aux infractions sexuelles. Il semble d'ailleurs possible qu'une partie du régime n'ait pas réellement vocation à s'appliquer.

## 2. Une application impossible des dispositifs

**315. Des procédés vaporeux.** Le régime pénal ne cesse de se complexifier par l'addition de nouveaux procédés, de nouvelles peines, de nouvelles prises en charge, destinés à endiguer la récidive et réduire les passages à l'acte en matière sexuelle. Toutefois, ces nouveautés ne sont pas aisées à mettre en place, si bien que de l'inscription dans la loi à la réalisation concrète, certains des procédés s'évaporent<sup>1270</sup>.

**316. La justice restaurative, une réalisation mystérieuse<sup>1271</sup>.** Face à l'échec de la prise en charge de la récidive, de nouvelles tentatives se développent sans pour autant s'assurer de leur

---

<sup>1269</sup> Sur l'amélioration du régime, voir *infra* n° 422 s.

<sup>1270</sup> Voir également M. DANTI-JUAN (dir.), *L'ineffectivité des peines*, LGDJ, Lextenso, 2015 ; M. DANTI-JUAN, « Quelques réflexions sur la légitimité normative en droit pénal », in *Légalité, légitimité, licéité : Regards contemporains, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PU de Nancy, 2018, p. 59 s.

<sup>1271</sup> Sur le sujet voir notamment : J. FILIPPI, *La justice restaurative en droit pénal des mineurs. Approche comparée France/Belgique*, Thèse, 2015 ; B. SAYOUS, *La justice restaurative. Aspects criminologiques et processuels*, Thèse, Pau, 2016 ; R. CARIO, *Justice restaurative : Principes et promesses*, L'Harmattan, 2<sup>ème</sup> édition, 2010 ; R. CARIO et P. MBANZOULOU (dir.), *La justice restaurative. Une utopie qui marche ?*, L'Harmattan, 2010 ; R. CARIO et D. SALAS (dir.), *Œuvre de justice et victimes*, L'Harmattan, vol. 1 2001 ; S. JACQUOT et Y. CHARPENEL, *La justice réparatrice. Quand victimes et coupables échangent pour limiter la récidive*, L'Harmattan, 2012 ; R. CARIO, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Justice restaurative, mai 2018 ; R. CARIO, « Les rencontres restauratives en matière pénale. De la théorie à l'expérimentation des rendez-vous », *AJ Pénal* 2011, p. 294 s. ; R. CARIO, « Justice restaurative : principes et promesses », *Les Cahiers Dynamiques*, 2014, n° 59, p. 24 s. ; R. CARIO, « La justice restaurative en France, des normes et de leurs dévoiements », *AJ Pénal* 2021, p. 242 s. ; A. COIGNAC, « Justice restaurative : la réparation les yeux dans les yeux », *Dalloz actualité*, 30 juillet 2018 ; D. DASSA-LE DEIST, « La consécration d'une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? » *Gaz. Pal.* 2014, n° 294, p. 5 s. ; G. RABUT-BONALDI, « La mesure de justice restaurative ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97 s. ;

application effective. À cet égard, l'exemple de la justice restaurative est significatif. Celle-ci intéresse particulièrement car certaines de ses applications ont originellement été créées pour les auteurs d'infractions sexuelles comme les cercles de soutiens et de responsabilité, nés au Canada. En effet, les cercles de soutien et de responsabilité ont vu le jour en 1994 dans l'Ontario avant de s'étendre un peu partout<sup>1272</sup>. Initialement destinés aux délinquants sexuels, ils ont été élargis à tous les délinquants, à l'image de nombreux outils expérimentés en matière d'infractions sexuelles ou d'infractions terroristes qui finissent par être intégrés par le droit commun<sup>1273</sup>. Inscrite dans la loi du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales<sup>1274</sup> rien n'avait été précisé quant à la concrétisation de la justice restaurative. Si l'idée de développer un nouveau mode de gestion de la délinquance pouvait être valorisée, l'article restait silencieux quant aux modalités de mise en œuvre. Le mystère demeurerait entier jusqu'à la circulaire de 2017<sup>1275</sup>, tentant, tant bien que mal, de répondre à ces interrogations. Trois ans après l'introduction de la justice restaurative en droit pénal français, les premières réponses sont apportées. Néanmoins, celles-ci demeurent particulièrement confuses.

En revenant sur l'article 10-1 du Code pénal, relatif à la justice restaurative, les termes employés laissent perplexes<sup>1276</sup>. La mesure de justice restaurative concerne « l'auteur de l'infraction » et sa victime. Ce vocable suggère l'existence d'une condamnation ou tout du moins d'une déclaration de culpabilité ; or, il est précisé que cette dernière est applicable « à tous les stades de la procédure ». Comment peut-on prévoir cette mesure à tous les stades alors que celle-ci suppose une déclaration de culpabilité ? À cet égard, la circulaire ne précise pas davantage le

---

J.-H. ROBERT, « La justice restaurative », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 41 s.

<sup>1272</sup> Voir notamment R.J. WILSON, J.E. PICHECA et M. PRINZO, *Cercles de soutien et de responsabilité : évaluation du projet pilote dans le Centre-sud ontarien*, Rapport de recherche, 2005, R-168, Service correctionnel du Canada, csc-scc.gc.ca

<sup>1273</sup> Sur le sujet, voir *infra* n° 582 s.

<sup>1274</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014.

<sup>1275</sup> Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative.

<sup>1276</sup> Selon l'article 10-1 du Code pénal : « A l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative. Constitue une mesure de justice restaurative toute mesure permettant à une victime ainsi qu'à l'auteur d'une infraction de participer activement à la résolution des difficultés résultant de l'infraction, et notamment à la réparation des préjudices de toute nature résultant de sa commission. Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer. Elle est mise en œuvre par un tiers indépendant formé à cet effet, sous le contrôle de l'autorité judiciaire ou, à la demande de celle-ci, de l'administration pénitentiaire. Elle est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».

moment de son exécution et atteste de la possibilité de prononcer cette mesure à tout moment, dès lors qu'il existe une procédure pénale<sup>1277</sup>. La justice restaurative peut être proposée en parallèle des alternatives aux poursuites, durant la phase d'instruction, entre la décision de poursuite ou l'ordonnance de renvoi devant le tribunal et l'audience de jugement, en présence d'une déclaration de culpabilité assortie d'un ajournement du prononcé de la peine, et ce, jusqu'au stade d'exécution de la peine<sup>1278</sup>... Les éventualités, si nombreuses soient-elles, ne permettent pas de déterminer avec précision la place dévolue aux mesures de justice restaurative. L'étendue des possibles indique une forme de malaise face à cette mesure qui, si elle est ressentie comme étant pertinente, ne trouve pas sa juste place dans notre procédure pénale. Il semble que la circulaire dissipe autrement cette antinomie notamment grâce à la définition qu'elle donne à la qualité « d'auteur de l'infraction ».

En effet, « le terme d'auteur doit s'entendre dans une acception plus large, afin d'inclure toutes les personnes ayant reconnu avoir commis une infraction et souhaitant participer à un processus restauratif »<sup>1279</sup> et la victime être entendue dans ses « différentes acceptations »<sup>1280</sup>. Cette notion extensible d'« auteur de l'infraction » permet de prononcer la mesure de justice restaurative à tous les stades de la procédure, car n'est pas auteur celui qui est déclaré coupable, mais seulement celui qui reconnaît les faits.

Par ailleurs, le tiers indépendant auquel fait référence l'article 10-1 du Code pénal laisse dubitatif. À cet égard, la circulaire se contente de préciser qu'il doit s'agir une personne ayant un « lien plus ou moins étroit avec la prise en charge de personnes victimes ou condamnées »<sup>1281</sup>.

Enfin, au sein des vaporeuses précisions apportées par la circulaire, un élément semble néanmoins s'affirmer : la justice restaurative est une mesure complémentaire et autonome, n'ayant pas vocation à interagir avec la procédure pénale qui se poursuit en parallèle. L'échec ou la réussite de cette nouveauté est sans incidence sur la réponse pénale apportée. Or, peut-on

---

<sup>1277</sup> Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative, p. 4.

<sup>1278</sup> Circulaire du 15 mars 2017, préc. cit., p. 11 s.

<sup>1279</sup> Circulaire du 15 mars 2017, préc. cit., p. 4.

<sup>1280</sup> Circulaire du 15 mars 2017, préc. cit., p. 4 : « La définition de la victime peut varier en fonction de son statut procédural (plaignant, partie civile, victime) ou de ses liens avec les faits à l'origine du dommage (victime directe ou par ricochet). Elle concerne également la victime d'une infraction prescrite, comme le plaignant dans le cadre d'un classement pour infraction insuffisamment caractérisée ou d'un non-lieu. Elle couvre également ses proches, notamment en cas de décès ».

<sup>1281</sup> Circulaire du 15 mars 2017, préc. cit., p. 10.

réellement la traiter de façon complémentaire et autonome comme le prévoit la circulaire<sup>1282</sup> ? Les délinquants vont-ils accepter une mesure de justice restaurative alors même que cette dernière ne sera d'aucun effet sur leur situation pénale ? Espérons-le.

Aussi, l'idée d'une justice interpersonnelle, inspirée de l'étranger, semble pertinente. Néanmoins, le développement de procédures tendant à compléter le système de base en vue de réduire la récidive et d'assurer une prise en charge plurielle des délinquants n'est pas assorti de suffisamment d'éléments pour assurer sa concrétisation. Selon un rapport d'information en date du mois de février 2018 : « les moyens consacrés à la justice restaurative, dont les mesures sont organisées par le réseau associatif, restent peu élevés. Surtout, les crédits se concentrent sur les mesures organisées, en amont du procès pénal, dans le cadre des mesures alternatives aux poursuites (prévues par les articles 41-1 à 41-2 du Code de procédure pénale) ou d'une dispense de peine : cela ne concerne donc pas les faits d'infractions sexuelles commis à l'encontre des mineurs dénoncés rapidement à la justice »<sup>1283</sup>. En partie créée pour cette délinquance particulière, la mise en place de la justice restaurative ne répond finalement pas à ces attentes. Le garde des Sceaux est donc intervenu le 23 février 2021 par la biais d'une dépêche relative au traitement des infractions sexuelles susceptibles d'être prescrites. À cet égard, les procureurs de la République sont incités à ouvrir une enquête préliminaire et mettre en place un dispositif de justice restaurative si les conditions de l'article 10-1 sont réunies. Loin d'être un automatisme, la justice restaurative peine à s'imposer. Les idées restent lettre morte et leur application relève de l'impossible<sup>1284</sup>.

**317. Des peines alourdies mais rarement prononcées.** De la même façon, les peines encourues n'ont de cesse de s'alourdir de façon exponentielle quand bien même ces dernières ne seraient pas appliquées. L'atteinte sexuelle sur mineur de quinze ans était punie de deux années d'emprisonnement lors de l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal avant que sa peine augmente à cinq ans<sup>1285</sup>, puis à sept ans d'emprisonnement<sup>1286</sup>. Le peine atteint cinq ans pour

---

<sup>1282</sup> Circulaire du 15 mars 2017 relative à la mise en œuvre de la justice restaurative, p. 4.

<sup>1283</sup> M. MERCIER, Rapport d'information du Sénat n° 289 (2017-2018) destiné à protéger les mineurs victimes d'infractions sexuelles, fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 février 2018.

<sup>1284</sup> Sur la valorisation des cercles de parole et de la justice restaurative, voir *infra* n° 529 s.

<sup>1285</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998.

<sup>1286</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 15 août 2018.

les mineurs de plus de quinze ans<sup>1287</sup>. Peu importe que celles-ci ne soient pas prononcées, l'image est plus importante que la réalité. Les statistiques de la justice mettent en exergue le fait que les agressions sexuelles simples ou aggravées, à savoir les agressions sexuelles sur mineur de moins de quinze ans ou par ascendant, les agressions sexuelles sur personne vulnérable ou par conjoint, les agressions sexuelles avec arme, en réunion ou accompagnées de blessures et enfin les atteintes sexuelles sur mineurs, sont punies d'un emprisonnement avec sursis total pour plus de la moitié des condamnés<sup>1288</sup>. Les prononcés de peines d'emprisonnement fermes sont très peu nombreux pour les auteurs d'atteintes sexuelles<sup>1289</sup>. Pourtant, ces comportements ont récemment été criminalisés<sup>1290</sup>. Comment expliquer cette augmentation exponentielle des peines encourues ? La seule expression de la gravité suffit-elle à justifier cette aggravation ? La détermination de la peine ne saurait se satisfaire exclusivement de cette fonction expressive. Rien ne justifie juridiquement cette augmentation. Sans évaluation, sans effet d'amélioration sur la récidive, la répression pénale dévoile ses limites<sup>1291</sup> et l'irrationalité de certaines interventions du législateur.

**318. Conclusion Section 1.** Sous l'effet des mœurs, la loi pénale évolue au point de devenir parfaitement contreproductive. L'esprit de cette dernière se déforme et son utilisation s'avère dangereuse pour nos libertés individuelles. La liberté sexuelle et le principe de nécessité ne sont que de vagues souvenirs que la morale a effacé. Les lois pénales sont ainsi malmenées par l'influence des mœurs car c'est en leur nom que le législateur en arrive à judiciaireiser la sphère intime en dépit d'une efficacité concrète. En effet, la matière pénale échoue dans son objectif de normalisation et se heurte rapidement aux limites de son manichéisme. De plus, ce souhait de normalisation conduit à une déjudiciarisation du droit pénal au profit de l'idéal tout relatif de soigner les personnes immorales. Pourtant, si l'arme pénale ne saurait moraliser les individus, l'arme médicale n'apparaît guère plus crédible. De l'esprit à la matérialisation de la loi pénale, rien ne s'arrange. La construction de la loi pénale demeure imparfaite et le principe de légalité est le premier sacrifié. Les infractions sexuelles, à l'image de leur régime, ne cessent de proliférer au rythme des soubresauts de l'opinion publique, à tel point que leur application

---

<sup>1287</sup> Article 227-27 du Code pénal (depuis la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021).

<sup>1288</sup> Infostat Justice relatif aux condamnations pour violences sexuelles, septembre 2018, n° 164, p. 5, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_Infostat\\_164.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_164.pdf)

<sup>1289</sup> Disponible sur [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_Infostat\\_164.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_164.pdf) (dernière consultation 31 août 2021).

<sup>1290</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

<sup>1291</sup> M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ Pénal* 2007, p. 357 s.

matérielle en est devenue impraticable. Les incriminations se superposent, leur régime s'entremêle, mais tous deux demeurent impraticables, inapplicables et inappliqués. Par ailleurs, loin d'être épargnés, les justiciables sont également soumis à cette interférence. Des auteurs aux victimes, l'influence des mœurs sur le droit pénal n'épargne personne.

## **Section 2 – Les risques pour les justiciables**

**319. Des justiciables incommodants.** L'influence des mœurs a conduit le droit pénal à appréhender les justiciables sous un prisme redoutable. Des auteurs aux victimes, la réalité de la prise en charge inquiète. À travers les yeux de la morale, les auteurs d'infractions sexuelles vont être saisis par le droit pénal et réduits à leur infraction, sans possibilité d'y échapper. À l'heure où la dignité de la personne humaine s'impose en tant qu'axiome collectif, certains individus sont pourtant laissés pour compte. Les délinquants sexuels font ainsi l'objet d'une déshumanisation de la part d'un droit qui échoue à contenir leurs déviations. En dépit des dérogations qui existent, les auteurs d'infractions sexuelles, à l'image des auteurs d'infractions terroristes, portent sur eux le signe de leur indignité et paient le prix de l'impuissance de la matière pénale.

À leurs côtés, les victimes d'infractions sexuelles se trouvent également dans une position inconfortable. En dépit de toutes les promesses qui leur sont faites, le système pénal éprouve des difficultés quand il s'agit de leur offrir une place satisfaisante. De même, la voix des victimes fictives, celles que le droit désigne en tant que telles mais qui ne se ressentent pas ainsi, est ignorée. Pour ceux que l'on souhaite protéger, il n'est plus permis de s'exprimer. La protection de leur humanité conduit à les amputer de ce qui est à l'origine même de cette humanité, leur libre arbitre et leur capacité de choisir. Qu'elles soient réelles ou fictives, les victimes peinent à trouver du repos sur la scène pénale.

Ainsi, l'emprise des mœurs sur le droit pénal n'est pas sans effet sur les justiciables et rapidement certains risques apparaissent. Cette interaction engendre une déshumanisation invariable des auteurs d'infractions sexuelles (§ 1) à laquelle s'ajoute la place chancelante faite aux victimes d'infractions sexuelles (§ 2).



## § 1 – L’invariable déshumanisation des auteurs d’infractions sexuelles

**320. Un nouveau monstre.** « Le paradoxe de ce début de XX<sup>ième</sup> siècle est d’être celui de l’invocation des droits fondamentaux et de garanties conventionnelles et constitutionnelles accrues des Droits de l’homme mais sans scrupules s’agissant d’exceptions »<sup>1292</sup>, notamment lorsqu’elles concernent les délinquants sexuels. En effet, les auteurs d’infractions sexuelles personnifient les nouveaux monstres de notre société. Trônant aux côtés des auteurs d’infractions terroristes, ces derniers subissent l’influence des évolutions sociétales sur le droit pénal. Les mis en cause en la matière sont considérés indignes de toute légalité, inadaptés au régime de droit commun, à la limite de l’humanité. Faisant exception à la communauté des hommes, la protection de leur dignité individuelle est ignorée (A). Supportant l’échec du système pénal, chargé de les moraliser tout en étant incapable d’y procéder, les auteurs d’infractions sexuelles ne connaissent ni oubli ni pardon et pourraient finir par se conformer à ce que l’on attend d’eux (B).

### **A. Le rejet de la dignité individuelle**

**321. Le costume du monstre.** L’auteur d’infractions sexuelles a progressivement glissé d’un statut à un autre. La chasse aux sorcières s’est mutée en droit pénal de l’ennemi (1) et son animalisation a conduit à sa neutralisation (2) si bien que cet individu échappe désormais à la protection de la dignité que l’on croyait propre à l’humanité tout entière.

#### *1. De la chasse aux sorcières au droit pénal de l’ennemi*

**322. L’émergence d’une chasse aux sorcières.** Contrairement à ce que l’on pourrait croire, les auteurs de crimes sexuels n’ont pas toujours été considérés comme des monstres. En effet, après avoir dissipé le doute qui planait autour des victimes mineures, les années 1970 ont à tel point libéré la sexualité que des revendications publiques ont émergé de la part de personnes se qualifiant elles-mêmes de *pédophiles*. Face à ce mouvement, les journaux n’ont d’ailleurs pas hésité à venir en soutien de cette libération de la parole en leur offrant une scène sur laquelle s’exprimer.

---

<sup>1292</sup> CH. LAZERGES, « Introduction » in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 17 s., spéc. p. 18.

Ainsi, en décembre 1970, un article sur la « pédérastie aux États-Unis », assure qu'une enquête menée sur le long terme permet de mettre en exergue le fait que beaucoup d'enfants sont aimés, protégés et éduqués par ces pédérastes<sup>1293</sup>. Puis, c'est au tour d'un magazine français, le *Gai pied*, d'assimiler l'augmentation des inculpations pour attentats à la pudeur ou incitation du mineur à la débauche à une « psychose venue de notre société libérale refoulée »<sup>1294</sup>. Ces revendications s'affirment et en janvier 1977, les journaux *Le Monde* et *Libération* publient une pétition protestant contre le sort *injuste* fait à trois hommes inculpés d'attentats à la pudeur sans violence sur mineurs de moins de quinze ans<sup>1295</sup>. Un mouvement intellectuel s'engage et le journal *Libération* annonce en avril la naissance du Front de libération des pédophiles. Aucun mouvement n'a survécu au-delà des années 1980, mais certains intellectuels restent engagés, non en faveur des pédophiles, mais en opposition à une justice qu'ils jugeaient excessive<sup>1296</sup>. Finalement, les années 1980 ont amorcé un virage en la matière et les auteurs d'infractions sexuelles ont finalement endossé le masque du monstre. Cependant, certaines manifestations de ces années parenthèses émergent encore, à l'image de l'intervention de l'écrivain G. MATZNEFF sur le plateau d'*Apostrophes* qui, en 1990, ne cache pas ses attirances pour les adolescentes<sup>1297</sup>.

Aujourd'hui, le délinquant sexuel rassemble tous les ingrédients destinés à faire de lui un individu particulièrement exposé. « Dans ce vieux pays catholique, la recherche du diable et du péché reste une valeur sûre. Or, depuis que, comme les fidèles, le diable a déserté les églises, il réapparaît dans les palais de justice »<sup>1298</sup>. L'intérêt animé, quasi passionnel, pour ce type de délinquance comporte des risques intrinsèques, à l'instar d'une nouvelle chasse aux sorcières. En tant que nouvelle figure du mal, le délinquant sexuel suscite un empressement et une condamnation globale de laquelle il semble particulièrement difficile de s'extirper. À défaut d'être physiquement mis au bûcher, les délinquants sexuels portent les traces de leurs condamnations, ou seulement celles de leurs poursuites, *ad vitam eternam*. Outre l'infamie qui

---

<sup>1293</sup> X. GEORGE, « La pédérastie aux États-Unis », *Arcadie*, janvier 1954, p. 9 s.

<sup>1294</sup> A.-C. AMBROISE-RENDU, *Histoire de la pédophilie, XIX-XXI<sup>e</sup> siècle*, Fayard, 2014, spéc. p. 163 s et p. 168.

<sup>1295</sup> *Ibid*, p. 171.

<sup>1296</sup> Une pétition lancée par *Le Monde* est signée en janvier 1977 par de nombreux intellectuels tels que Louis Aragon, Roland Barthes, Judith Belladonna, Simone de Beauvoir, Fanny et Gilles Deleuze, Bernard Kouchner, Francis Ponge, Christiane Rochefort, Jean-Paul Sartre, Philippe Sollers. Puis, en 1979, une seconde pétition sera signée par soixante-treize personnes, parmi lesquelles Pascal Bruckner, George Moustaki, Christiane Rochefort (A.-C. AMBROISE-RENDU, *Histoire de la pédophilie, XIX-XXI<sup>e</sup> siècle, op. cit.*, p. 183 s.)

<sup>1297</sup> Si l'écrivain est entendu sur le plateau de B. PIVOT dans les années 1990, en 2020, la sortie du livre de V. SPRINGORA, *Le consentement*, revient sur sa relation avec l'écrivain alors qu'elle était âgée de 14 ans au moment où sa liaison a commencé. Témoignage d'un bouleversement des mœurs, la sortie de cet ouvrage déclenche une polémique autour de la pédocriminalité dans les milieux littéraires des années 1980.

<sup>1298</sup> D. SOULEZ-LARIVIERE, « De la victimisation et de nombreuses autres causes », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, p. 27 s.

entoure les infractions sexuelles, l'inscription au FIJAISV<sup>1299</sup> et les mesures de sûreté font perdurer les obligations dans le temps. En leur personne se rencontre la vindicte populaire et étatique, qui conduit à ajouter au caractère répressif de ces infractions, un caractère infamant. À ce titre, dans un arrêt de la Cour de cassation en date du 20 juin 2018<sup>1300</sup>, le requérant faisait valoir le fait que l'adjectif « incestueux » ajoutait à la stigmatisation en le frappant du sceau de l'infamie. Il soulevait l'idée qu'il s'agissait en réalité d'une peine complémentaire justifiant la non-rétroactivité de l'infraction. Bien que cet argument n'ait pas été jugé suffisamment sérieux pour que la question soit renvoyée devant le Conseil constitutionnel, celui-ci s'entend et se comprend tout à fait. L'ajout de l'adjectif « incestueux » n'a d'autre effet que de subjectiviser l'agression en ajoutant à l'horreur qu'elle suscite. Nouvelles sorcières de Salem, la crainte procurée par les auteurs d'infractions sexuelles conduit à remettre en cause l'existence de leur dignité.

**323. L'émergence d'un droit pénal de l'ennemi**<sup>1301</sup>. Face à l'appréhension de ces individus par le droit pénal, il est permis de se demander si la chasse aux sorcières n'aurait pas muté en droit pénal de l'ennemi. Cette appellation désigne l'existence d'un droit pénal dérogatoire tendant à transformer des délinquants en ennemi de la société. Le droit pénal de l'ennemi permet de dissocier, voire d'opposer certains concepts. Selon G. JAKOBS<sup>1302</sup> ce droit pénal opposerait la culpabilité à la dangerosité, le citoyen à l'ennemi. Alors que la culpabilité ne serait réservée qu'au citoyen, l'ennemi serait dépersonnalisé au nom de sa dangerosité. Pour l'auteur, les mécanismes du droit pénal de l'ennemi reposent sur les mesures de sûreté et les mesures d'anticipation. Il ajoute que ce dernier fait appel à un droit d'exception fondé sur une opposition binaire qui confronte le citoyen à l'ennemi. Enfin, il constate que le droit pénal de l'ennemi doit s'accompagner d'un droit procédural dérogatoire de nature à restreindre ou annihiler les règles

---

<sup>1299</sup> Rappelons que l'inscription au FIJAISV peut intervenir alors même que la condamnation n'est pas définitive et peut être consultée par un grand nombre de personnes comme le prévoit l'article 706-53-7 du Code de procédure pénale.

<sup>1300</sup> Cass. crim. 20 juin 2018, n°17-86.423.

<sup>1301</sup> Sur le sujet voir notamment M. DELMAS-MARTY, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009, p. 59 s. ; M. DONINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *RSC* 2009, p. 31 s. ; J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence revue critique*, 2012, p. 149 s. ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69 s. ; G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7 s. ; CH. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649 s. ; F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un "droit pénal de l'ennemi" ? », *RSC* 2009, p. 19 s. ; R. RAUL ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 43 s.

<sup>1302</sup> G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc.

du procès équitable. Ces différentes conditions font immédiatement penser à la figure du délinquant sexuel, aux côtés de celle du terroriste. Il retrouve aisément la figure de l'être incorrigible, dont la réhabilitation n'est plus qu'un rêve lointain. En affirmant la nécessité de neutraliser ces individus, le droit pénal glisse lentement d'un droit pénal de l'auteur à un droit pénal de l'ennemi. Comme le souligne G. GIUDICELLI-DELAGE, ce terme d'ennemi est lourd de connotation historique<sup>1303</sup>. Les nazis distinguaient ainsi les délinquants ordinaires des « incorrigibles » qui n'étaient pas dignes d'appartenir à la « communauté du peuple » (*Volksgemeinschaft*)<sup>1304</sup>. Ils étaient alors soumis à un droit d'exception destiné à les éloigner de la société, sans perspectives de retour. Si le parallèle est osé, il n'en demeure pas moins inquiétant. Sommes-nous réellement en train de glisser progressivement vers ce droit pénal de l'ennemi ? Le pénaliste allemand MEZGER écrivait ainsi : « Dans le futur, il y aura deux (ou plus) droits pénaux : un droit pénal pour la généralité (dans lequel essentiellement se maintiendront les principes appliqués jusqu'à présent) et un droit (complètement différent) pour des groupes spéciaux de personnes déterminées, comme par exemple ceux qui ont tendance à la délinquance. L'aspect décisif sera d'établir dans quel groupe sera incluse la personne en question (...). Une fois que l'inclusion sera faite, "le droit spécial" (c'est-à-dire la réclusion pour une durée indéterminée) devra s'appliquer sans limites. Et, à partir de ce moment, les différenciations juridiques n'auront plus de sens »<sup>1305</sup>. Ce constat est très proche de celui fait ici. L'avènement de la dangerosité, le développement des mesures de sûreté, l'ignorance du principe de légalité par la multiplication des interventions législatives ou la négation de la non-rétroactivité de la loi pénale, tous les ingrédients existent pour concevoir le délinquant sexuel comme l'ennemi de la société.

L'ensemble de la procédure exceptionnelle à laquelle les auteurs d'infractions sexuelles sont soumis, semble ainsi faire entrer le droit pénal dans une nouvelle ère qui, après avoir craint les sorcières, est désormais persuadée qu'il faut neutraliser les ennemis.

---

<sup>1303</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi », art. préc.

<sup>1304</sup> Voir J. HERRMANN, « Le doute profite à la sécurité. Dangerosité et droit pénal Allemagne », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 143 s., spéc. p. 150 ; F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un "droit pénal de l'ennemi" ? », art. préc.

<sup>1305</sup> E. MEZGER, *Kriminalpolitik auf kriminologischer Grundlage*, 3<sup>ème</sup> édition, 1944 lu dans J. HERRMANN, « Le doute profite à la sécurité. Dangerosité et droit pénal en Allemagne », art. préc., spéc. p. 150.

2. De l'animalisation à la neutralisation

**324. Une dignité relative.** L'appréhension du délinquant sexuel contribue à créer deux poids deux mesures quant à l'application du principe de dignité. Lorsque l'on se place sous l'angle du délinquant sexuel, l'absolue dignité brandie par le Code pénal se fait alors discrète. L'idée d'un irréductible humain et d'un lien absolu qui nous rapprocherait les uns des autres du simple fait de notre humanité, semble mise à mal lors de la prise en charge du délinquant sexuel.

La dignité tend à affirmer que chaque être humain doit être protégé contre toutes formes d'asservissement, de réification ou de réduction. Celle-ci conduit à préserver l'individu « du risque d'être traité comme un *être-moins*, et d'être rejeté dans les ténèbres de la *non-humanité* »<sup>1306</sup>. Ce principe attribue une protection absolue aux individus pour ce qu'ils sont, des êtres humains, et non pas pour ce qu'ils font. Cette notion d'« irréductible humain »<sup>1307</sup> se présente comme un axiome qui se ressent et s'impose sans aucune condition ni possibilité de remise en cause. Pourtant, certaines figures du mal font exception au sein de cette communauté protégée par le rayonnement de la dignité. En effet, comme l'expose P.-J. DELAGE, il existe des caractéristiques qui peuvent évincer la dignité, notamment la dangerosité<sup>1308</sup>. À ce titre, les terroristes, les délinquants sexuels et les malades mentaux finissent par être réduits à cet attribut et désignés uniquement par cette caractéristique au point d'en oublier leur humanité pourtant garantie par la notion de dignité. Finalement, la réalité prouve à quel point elle est à géométrie variable. Difficile d'aller au bout de nos raisonnements moraux. La personne qui se prostitue serait-elle plus digne du fait de sa qualité de *victime* ? Brandie envers et contre tout, la dignité de la personne humaine apparaît limitée à certains individus dignes d'elle. Seulement, cette application disparate est alarmante car, outre l'atteinte au droit pénal, il s'agit d'une atteinte portée aux droits de l'homme.

**325. Une animalisation du champ sémantique employé.** La négation de la dignité individuelle des délinquants sexuels est protéiforme. Tout d'abord, cette dernière se ressent par l'animalisation des propos les concernant. En effet, certains discours de magistrats<sup>1309</sup> ou de

---

<sup>1306</sup> P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », art. préc.

<sup>1307</sup> M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477 s.

<sup>1308</sup> P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », art. préc.

<sup>1309</sup> Cass. crim. 30 novembre 2016, n° 15-86.125, rappelant la décision de la cour d'appel : « enfin, le prévenu, en déniant son comportement de **prédateur sexuel**, se maintient dans une problématique grave qui favorise le passage à l'acte constant ; qu'une peine significative est nécessaire pour contraindre le prévenu à prendre conscience de ses

décideurs publics<sup>1310</sup> n'hésitent pas à qualifier le délinquant sexuel de « prédateur »<sup>1311</sup>. L'avocat général, L. FREMIOT, au terme de ses réquisitions contre Monsieur EVRARD<sup>1312</sup>, a ainsi déclaré : « à la fin, il faut que la bête meure »<sup>1313</sup>. Tapis dans l'ombre, l'imaginaire commun conduit à considérer le délinquant sexuel comme une bête soumise à ses pulsions, assoiffée de chair et de sang. À travers ce discours, la protection de la dignité se fait discrète. Comment prôner son apogée lorsque certains individus sont limités à leur animalité ?

**326. Une neutralisation affichée.** Par ailleurs, il est permis de distinguer une seconde éclipse de la dignité humaine derrière l'avènement d'une volonté de neutralisation. À cet égard, C. FERE, déjà en 1888, dans son ouvrage intitulé *Dégénérescence et criminalité*, estimait que « les impotents, les aliénés, criminels ou décadents de tout ordre, doivent être considérés comme des déchets de l'adaptation sociale, des invalides de la civilisation [...] » avant d'ajouter que « la société doit, si elle ne veut pas précipiter sa propre décadence, se prémunir indistinctement contre eux et les mettre hors d'état de nuire »<sup>1314</sup>. À l'image d'insectes dont on veut se débarrasser, ce genre de délinquant suscite une volonté instinctive de neutralisation qui semble loin d'avoir disparu de notre société. L'avènement des mesures de sûreté post-sententielles

---

responsabilités dans la commission d'actes violents, destructeurs et pervers en ce qu'ils nient les victimes ; que des soins s'imposent afin d'engager M. Y... » ; Cass. Crim. 8 Juin 2011, n° 11-80.024 rappelant la décision de la cour d'appel : « il est donc en état de récidive au sens des dispositions de l'article 132-9, alinéa 2, du Code pénal ; que dès lors, il apparaît que loin de s'amender, le prévenu a persisté dans son comportement de **prédateur sexuel** à l'égard des mineurs ce qui justifie une peine d'emprisonnement ferme de sept années » ; Cass. crim. 15 octobre 2008, n° 08-81.523 « et aux motifs adoptés que "sur la répression, il convient de prendre en compte la dangerosité du prévenu telle qu'elle ressort des faits, de leur durée et de la conduite du **prédateur sexuel** sur des jeunes ; que nonobstant un casier judiciaire néant, en raison de la particulière gravité des faits, seule une peine de prison ferme apparaît adaptée" ».

<sup>1310</sup> É. CIOTTI, Assemblée nationale, Question écrite n° 22016, Ministère de la Justice, JO du 26 mars 2013 : « En effet, le fondement même d'une politique pénale est de protéger la société, et donc les victimes, des criminels, en particulier les plus dangereux comme les **prédateurs sexuels** » ; É. CIOTTI, Assemblée nationale, Question écrite n° 94951, JO le 12/04/2016 : « Parallèlement, alors que la protection des mineurs contre les **prédateurs sexuels** doit constituer un impératif, de récents scandales ont révélé les faiblesses de notre législation » ; B. HORTEFEUX, Assemblée nationale, Question au Gouvernement n° 1756, JO le 26/11/2009 : « Plus de 315 contacts ont pu être établis entre les cyberpatrouilleurs, policiers et gendarmes, et des **prédateurs sexuels** potentiels » ; L. WAUQUIEZ, Assemblée nationale, Question écrite n° 99974, JO le 18 octobre 2016 : « Les Français doivent avoir la garantie qu'aucun individu fiché "S" n'est recruté dans les établissements scolaires. Or ce n'est aujourd'hui pas le cas. Les maires, présidents de département ou de région sont inquiets car, lors de l'embauche de leurs personnels éducatifs, ils n'ont aucune information sur des individus potentiellement dangereux, l'État ne partageant pas les informations. Dès lors il souhaite savoir s'il s'engage à faire bénéficier aux maires, président de départements et de régions du même système que celui des **prédateurs sexuels** pour les fichés "S" ».

<sup>1311</sup> Le terme apparaît de nombreuses fois dans le rapport et dans les auditions menées par M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.

<sup>1312</sup> Auteur d'infractions sexuelles sur mineur, multirécidiviste.

<sup>1313</sup> Documentaire « Cinq jours pour juger : procès d'un pédophile », C. PEHAU, F. PROVOST et F. BON, 2010, 90 min.

<sup>1314</sup> Cité par J.-C. GUILLEBAUD, *Le principe d'humanité*, Seuil, 2001, p. 284.

renoue avec cette volonté de neutraliser<sup>1315</sup>. Loin de l'idée de réinsertion, l'heure est à la neutralisation. Hôpital-prison, castration chimique, suppression des remises de peine pour les délinquants sexuels, rien ne fait rougir.

Faut-il, au nom de la dignité des « non-dangereux » nier celle des « dangereux » ? L'humanité a-t-elle ses limites ? « Dans l'indifférence quasi-générale - qui est également, et quoiqu'on en dise, au mieux, une forme de résignation, au pire, une forme d'acquiescement -, le droit peut alors céder, presque sereinement, à la tentation de la déshumanisation »<sup>1316</sup>. Finalement l'humanisme n'affecte que ceux qui le méritent. Au nom des droits de l'homme, le droit pénal conduit à une forme de déshumanisation des mis en cause en matière sexuelle. P. RICOEUR parle d'une « tentation terrible de la bonté » de nature à justifier cet élan sacrificiel<sup>1317</sup>. La reconnaissance de la dignité humaine dans ce qu'elle a de plus splendide ne saurait faire le tri entre ceux auxquels elle s'applique. « La présence de l'inhumain dans l'humain ne peut justifier le retour au mythe de l'expiation »<sup>1318</sup>.

### **B. Un statut immuable**

Le propre de la déshumanisation des auteurs d'infractions sexuelles est de ne pas connaître de limites temporelles. Les concernant, le temps s'est arrêté. Leur statut s'est figé. Les délinquants sexuels sont destinés à se réduire à ce qu'ils ont fait<sup>1319</sup>.

**327. Une société hypermnésique.** Tout d'abord, la multiplication des infractions obstacles ou formelles anéantit le procédé de désistement volontaire. Impossible de revenir en arrière. La proposition sexuelle adressée à un mineur<sup>1320</sup> ne peut se tenter. Une fois le message envoyé, la parole proférée, l'infraction est caractérisée et l'individu entre dans le champ de la délinquance monstrueuse pour ne plus en sortir. De même, les messages dangereux pouvant être vus par un mineur<sup>1321</sup> n'ont besoin que de pouvoir être vus pour que l'auteur soit puni. Pas de désistement

---

<sup>1315</sup> Sur l'exposé du droit positif, voir *supra* n° 165 s. ; sur l'intérêt de repenser la relation entre les peines et les mesures de sûreté, voir *supra* n° 476 s.

<sup>1316</sup> P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », art. préc.

<sup>1317</sup> P. RICOEUR, *Histoire et Vérité*, Seuil, 1964, p. 258

<sup>1318</sup> D. SALAS, « Le délinquant sexuel », in A. GARAPON et D. SALAS (dir.), *La justice et le mal*, Odile Jacob, 1997, p. 71 s.

<sup>1319</sup> Sur l'aspect contreproductif de la tendance réductrice et les perspectives d'amélioration, voir *infra* n° 320 s.

<sup>1320</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>1321</sup> Article 227-24 du Code pénal.

possible. Plus encore, au-delà de l'absence de désistement, en aval de la répression, la rédemption s'avère également inconcevable. Une fois le statut apposé, impossible de s'en défaire<sup>1322</sup>. Les mesures de sûreté *post-carcérales*, l'inscription au FIJASV et les obligations qui en découlent, engendrent un étirement infini du temps pour celui qui aurait été condamné<sup>1323</sup>. Le temps n'est pas à l'oubli et le droit s'organise pour que les auteurs d'infractions sexuelles ne puissent échapper à leur statut. Cependant le droit n'est pas la seule cause de cette hypermnésie. Internet peut aujourd'hui faire ressortir, bien des années plus tard, des événements que le législateur considérerait pourtant comme *oubliés*. Rien ne s'efface. L'opinion publique est sujette à une multitude de piqûres de rappel selon le bon vouloir des médias. Au quotidien, sur les écrans et entre les mains défilent des informations qui ne sont saisies qu'à moitié, « servies, le soir, au journal TV en même temps que le dîner »<sup>1324</sup>. Difficile d'ignorer, impossible d'oublier l'image de ces délinquants que les médias martèlent. La figure de monstre permet de justifier de tels dispositifs.

**328. Un souvenir néfaste.** Pourtant, en imposant ce statut immuable, il est fort probable que l'individu finisse par s'y conformer. Cette déshumanisation engendre une déresponsabilisation. En empêchant le désistement et toute possibilité de rédemption, le droit pénal nie finalement toute capacité à l'individu d'exercer son libre arbitre et choisir d'agir autrement. Il prive ainsi le mis en cause de toute capacité d'insertion ou de réinsertion par l'éternité de son statut. Dès lors, le droit pénal accède à ses propres limites. En effet, la stigmatisation réelle et la neutralisation éternelle auxquelles sont soumis les auteurs d'infractions sexuelles contreviennent à l'existence d'une prise en charge efficace. Le caractère dangereux de leur personnalité ne leur permet pas de renoncer au parcours criminel. Ces personnalités sont présentées comme intrinsèquement monstrueuses et malveillantes. La criminalité se fond avec son auteur au point qu'il n'existe qu'à travers elle<sup>1325</sup>. Par l'emploi d'une justice qui se veut prédictive, l'individu ne peut se défaire de cette caractéristique qui lui colle à la peau. Il semblerait que l'appréciation de la dangerosité ne soit plus individuelle mais davantage par catégories d'auteurs. Le simple fait de commettre une violence sexuelle suscite une apposition irréversible du statut d'individu dangereux<sup>1326</sup>. Il s'agit d'un glissement de la dangerosité

---

<sup>1322</sup> Sur une autre façon d'envisager la prévention, voir *infra* n° 506 s.

<sup>1323</sup> Voir *supra* n° 159 s.

<sup>1324</sup> O. DOLLFUS, *La mondialisation*, Presses de Sciences Po, 2012, p. 17.

<sup>1325</sup> V. SIZAIRE, *L'ordre pénal Républicain*, *op. cit.*, p. 170.

<sup>1326</sup> Un même constat existe en Italie, concernant les auteurs d'infractions mafieuses. L. D'AMBROSIO, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangerosité et droit pénal en Italie », art. préc., spéc. p. 197 : « Mais l'analyse a



concrète à une dangerosité abstraite qui conduit à s'éloigner du sens originel de la notion. La dangerosité se détache de l'individu pour se fonder sur un type d'infraction, particulièrement la délinquance sexuelle<sup>1327</sup>. La dangerosité s'empare de ces délinquants et la précaution remplace la réhabilitation. Cette prédiction du risque « soit en raison de son appartenance à une catégorie, ou bien à un groupe, une minorité, etc., soit en fonction de "nombres", conduit à nier l'irréductible singularité de chaque être humain, et à nier l'indétermination des comportements humains interdisant que n'importe quel contexte, n'importe quel calcul en permette une prédiction personnelle certaine »<sup>1328</sup>. Le droit pénal de l'ennemi se muterait-il en droit pénal du risque<sup>1329</sup> ? La volonté du législateur ne semble pas se tourner vers une réintégration, ni accroître la possibilité de chacun à exercer avec lucidité son autonomie personnelle. Comme le rappelle J. AUBUT : « il faudra bien qu'ils sortent un jour de prison, ce d'autant que 30 % des agresseurs sont des adolescents. Si on ne les aide pas à redevenir des citoyens responsables de leur vie, comment éviter la récidive ? »<sup>1330</sup>. Car contrairement à ce que l'on pourrait penser, les mineurs auteurs d'infractions sexuelles représentent une part considérable de cette criminalité<sup>1331</sup>.

Au-delà du délinquant animalisé, la victime n'acquière pas une position plus enviable. Leur place est également soumise aux ondulations pénales. Alors que le législateur use de la loi pénale comme d'une réponse pour ceux qui souffrent, sa qualité semble compromise.

## § 2 – La place chancelante des victimes d'infractions sexuelles

**329. L'inconfort des victimes.** Si la place des victimes devient, au fil des réformes, un espace privilégié<sup>1332</sup>, les victimes d'infractions sexuelles continuent de chercher un lieu à la

---

aussi révélé les écueils d'un droit pénal qui, face à l'augmentation de l'insécurité collective produite par la société "du risque", tend de plus en plus à se différencier par "typologies d'auteurs" ».

<sup>1327</sup> L. GYSEALAERS, « Les transformations de la défense sociale. Dangerosité et droit pénal en Belgique », art. préc., spéc. p. 130 : Un même constat semble être fait en Belgique. L'auteur d'infractions sexuelles cristallise également le concept de dangerosité. Voir également G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conclusions », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 281 s., spéc. p. 289.

<sup>1328</sup> G. GIUDICELLI-DELAGE, « Conclusions », art. préc., spéc. p. 289.

<sup>1329</sup> J.-B. PERRIER, « Le droit pénal en danger », *D.* 2020, p. 937 s.

<sup>1330</sup> J. AUBUT, Propos recueillis par E. LANGLOIS, publiés dans « La voie thérapeutique est la solution la plus sûre », *Libération*, le 25 août 2007.

<sup>1331</sup> M. MERCIER, Rapport d'information du Sénat n° 289 du 7 février 2019 sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs, spéc. p. 16 ; J. RABAUX, « Les mineurs délinquants sexuels », *Journal du droit des jeunes*, mai 2007, n° 265, p. 15 s.

<sup>1332</sup> P. MICHEL, « Politique pénale et aide aux victimes », in R. CARIO et D. SALAS (dir.), *Œuvre de justice et victime*, Volume 1, L'Harmattan, 2001, p. 67 s.

mesure de leur traumatisme. Ces dernières se heurtent de toute part au droit pénal et la procédure pénale peine à leur offrir une réponse satisfaisante<sup>1333</sup>. Certaines problématiques matérielles, telles que l'engorgement des juridictions, ou certains *obstacles* juridiques, comme le principe de légalité ou la présomption d'innocence, se dressent face aux victimes d'infractions sexuelles *stricto sensu*. Face à la souffrance, les réponses offertes par le droit pénal sont faibles ou maladroites (A). Par ailleurs, l'influence des mœurs sur le droit pénal a donné lieu à une seconde catégorie de victimes, concernées par les infractions sexuelles *lato sensu*. Désignées comme victimes par le droit lui-même, elles éprouvent des difficultés quant à l'appréhension et aux conséquences de ce statut imposé (B). À croire que, de façon générale, la procédure pénale désespère de répondre convenablement aux victimes.

#### **A. L'inconfort du système pénal pour les victimes d'infractions sexuelles *stricto sensu***

**330. Une place factice.** S'il ne fait aucun doute que la place des victimes sur la scène pénale a su s'accroître et s'améliorer au fil des années, celle-ci demeure inconfortable<sup>1334</sup>. En effet, les victimes d'infractions sexuelles ont pu constater une très nette amélioration de leur prise en charge. Passant de l'indifférence à un véritable enjeu de politique pénale<sup>1335</sup>, elles se situent aujourd'hui au centre des débats publics. Pourtant, leur situation demeure artificielle et leur reconnaissance, tant valorisée, est empreinte d'une certaine facticité. Aujourd'hui encore, les victimes éprouvent des difficultés à trouver leur place au sein du système pénal qui, à l'origine, n'a pas été fait pour elles.

**331. La correctionnalisation comme piètre palliatif<sup>1336</sup>.** Il arrive que la victime soit malmenée par des enjeux qui dépassent sa souffrance, des enjeux de politique pénale et de question budgétaire. La correctionnalisation des viols est l'une des difficultés récurrentes à

---

<sup>1333</sup> Sur l'inadaptation du droit aux victimes de violences sexuelles masculines, voir notamment C. LE MAGUERESSE *Les femmes victimes de violences sexuelles masculines confrontées au droit pénal de fond*, Thèse, Paris 1, 2018.

<sup>1334</sup> Pour une amélioration de la place de la victime, voir *infra* n° 533 s.

<sup>1335</sup> Sur l'évolution du statut de la victime d'infraction sexuelle voir A.-C. AMBROISE-RENDU, *Histoire de la pédophilie, XIX-XXI<sup>e</sup> siècle, op. cit.*

<sup>1336</sup> Sur le sujet voir notamment M. REDON, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Tribunal correctionnel, juin 2021, § 12 s. ; F. AGOSTINI, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Compétence, février 2017, § 121 s. ; A. DARSONVILLE, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Droit pénal*, mars 2007, étude n° 4 ; S. GRUNVALD, « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », *AJ Pénal* 2017, p. 269 s. ; W. JEANDIDIER, « La correctionnalisation législative », *JCP G* 1991, I, 3487, n° 3 ; S. LAVRIC, C. MENABE et M. PELTIER-HENRY, « Enjeux et perspectives de la correctionnalisation judiciaire », *AJ Pénal* 2018, p. 188 s.

laquelle se confrontent les victimes d'infractions sexuelles. De création prétorienne<sup>1337</sup>, ce procédé consiste à omettre un élément constitutif de l'infraction, notamment la condition de pénétration sexuelle, afin qu'un crime se transforme en délit. Acceptée par les parties, et notamment la victime, la correctionnalisation conduira l'infraction devant le tribunal correctionnel et non devant la Cour d'assises. Les raisons de cette correctionnalisation sont nombreuses<sup>1338</sup>. Les plus couramment évoquées sont les suivantes : tout d'abord, elle permet un gain de temps non négligeable concernant l'audiencement du dossier<sup>1339</sup>. De plus, s'agissant de magistrats professionnels, les condamnations semblent moins aléatoires que lorsque ces dernières dépendent des jurés. Enfin, le déroulement du procès permet de protéger d'avantage la victime et sa pudeur en limitant son exposition. En effet, les personnes assistant au procès sont relativement moins nombreuses lorsqu'il s'agit de délits, ce qui peut limiter l'aspect traumatique des juridictions d'assises. Partant, la victime se voit incitée à accepter une mauvaise qualification pénale pour pallier les difficultés inhérentes aux Cours d'assises et notamment leur engorgement<sup>1340</sup>. C'est à ses dépens que les magistrats font le choix de « l'efficacité sur l'orthodoxie »<sup>1341</sup>. Il existe donc un décalage entre la compassion suscitée par les victimes d'infractions sexuelles, devenues emblématiques au sein des discussions législatives, et la réalité à laquelle elles se confrontent.

**332. Les cours criminelles ou de malencontreuses propositions**<sup>1342</sup>. Pour mettre à mal ce fonctionnement de correctionnalisation devenu familier, l'article 63 de la loi de programmation

---

<sup>1337</sup> Processus légalisé par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO du 10 mars 2004, du fait d'une application combinée du nouvel article 186-3 du Code de procédure pénale et de l'alinéa 4 de l'article 469 du même code.

<sup>1338</sup> Sur le sujet voir S. GRUNVALD, « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », art. préc.

<sup>1339</sup> La correctionnalisation judiciaire apparaît parfois comme un outil de gestion des flux, issue d'un « contexte de forte contrainte procédurale » (Y. MAYAUD, « Du viol à l'agression sexuelle, ou d'une correctionnalisation valant condamnation de la France », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2012, p. 142 s.).

<sup>1340</sup> P. JANUEL, « Violences sexuelles sur mineur : le Sénat développe ses propres propositions », *Dalloz actualité* 21 février 2018 : « Le traitement judiciaire est long : en 2015, une procédure pour viol (toutes victimes confondues) durait en moyenne plus de six ans et demi, et plus de deux ans pour les agressions sexuelles. Du fait de l'engorgement des pôles d'instruction et des cours d'assises, un grand nombre de viols sont requalifiés en agression sexuelle. Le rapport explique aussi cette correctionnalisation par le fait que « le verdict d'un procès aux assises apparaît, à tort ou à raison, trop aléatoire en raison de la présence d'un jury populaire », notamment lorsqu'il s'agit de victimes « qui ne correspondent pas à l'image idéale de la victime selon l'opinion publique ».

<sup>1341</sup> Y. MAYAUD, « Du viol à l'agression sexuelle, ou d'une correctionnalisation valant condamnation de la France », art. préc.

<sup>1342</sup> Sur le sujet voir notamment A. BLANC, « La réforme de la Cour d'assises », *AJ Pénal* 2019, p. 184 s. ; B. FIORINI, « Le jury populaire, vecteur de confiance dans la justice criminelle », *AJ Pénal* 2021, p. 183 s. ; P. JANUEL, « Cours criminelles : les députés tirent un premier bilan positif », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2020 ; J. PRADEL, « Le jury en France, une Histoire jamais terminée », *Revue internationale de droit pénal*, janvier 2001, vol. 72, p. 175 s. ; J. PRADEL, « La cour criminelle départementale », *D.* 2021, p. 128 s. ; D. SENAT, « Premières

2018-2022 et de réforme pour la justice propose d'expérimenter les cours criminelles pour une durée de trois ans. Un avant-projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire de 2021 propose leur généralisation<sup>1343</sup>. Ces cours ne fonctionneront qu'en première instance, pour les crimes punis de quinze ou vingt ans de réclusion criminelle. À ce titre, les viols demeurent largement majoritaires. Selon des chiffres de la Direction des affaires criminelles et des grâces, entre septembre 2019 et mars 2020, 90 % des affaires jugées été des viols<sup>1344</sup>. Les cours criminelles ne sont composées que de magistrats professionnels, excluant ainsi les jurés. Ces cours criminelles tendent à éviter les correctionnalisations tout en répondant aux difficultés éprouvées par les Cours d'assises traditionnelles. Pourtant, face à cette création, certaines réactions laissent penser que les conséquences sont tout à fait similaires à celles de la correctionnalisation. M.-A. PEYRON, bâtonnière de Paris pour les années 2018 et 2019, jugeait cette création « inacceptable ». Elle affirmait : « J'ai l'impression qu'on détricote le combat mené pendant des années par les avocats, souvent par des femmes, pour que le viol soit jugé en cour d'assises »<sup>1345</sup>. Finalement, la seule différence par rapport au procédé de correctionnalisation tient à la peine encourue, ce qui n'est pas négligeable. Les viols seraient ainsi relégués au rang de « petits crimes »<sup>1346</sup>, se satisfaisant d'une justice de seconde catégorie et délaissant la procédure orale et le jury populaire. Pour la profession, cette réforme répond à une logique « purement gestionnaire, au détriment des justiciables et, en premier lieu, des victimes »<sup>1347</sup>. Le paradoxe s'installe puisqu'« au nom de la défense de la démocratie, ils entérinent une situation qui lui est résolument contraire »<sup>1348</sup> rappelait déjà un auteur en 2010, lorsque l'idée de suppression des Cours d'assises au profit d'un tribunal criminel composé de magistrats professionnels avait déjà fait son apparition. L'intérêt de la création des cours criminelles est discutable. En effet, peut-on réellement considérer qu'il s'agit d'une *sous qualification* criminelle sans prendre en compte les avantages matériels dont le retentissement atteindra nécessairement les victimes ? Il est délicat de rejeter en bloc cette nouveauté. Pour

---

réflexions issues de l'expérimentation de la cour criminelle départementale en Haute-Garonne », *AJ Pénal* 2021, p. 176 s. ; H. SIMON-GRASSA, « Retour sur expérience et réflexions sur les cours criminelles », *AJ Pénal* 2021, p. 186 s.

<sup>1343</sup> Article 8, J. CASTEX et E. DUPONT-MORETTI, Assemblée nationale, Projet de loi n° 4091 du 14 avril 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

<sup>1344</sup> J. MUCCHIELLI, « Cours criminelles : "L'oralité des débats doit être repensée dans son ensemble" », *Daloz actualité*, 3 juin 2020.

<sup>1345</sup> L. GARNERIE, « Tribunal criminel départemental : pour le CNB, c'est non », *Gaz. Pal.* 2018, n° 31, p. 5 s.

<sup>1346</sup> Expression employée par M.-A. PEYRON, Sénat, Séance du 11 octobre 2018 (compte rendu intégral des débats).

<sup>1347</sup> J. MUCCHIELLI, « Les avocats s'opposent au projet de loi de programmation pour la justice », *Daloz actualité*, 21 mars 2018.

<sup>1348</sup> D. REBUT, « Correctionnalisation, Quelle place pour les cours d'assises ? », *JCP G* n° 36, septembre 2010, doct. 887.

autant, il n'est pas permis de nier qu'il s'agit d'une consécration initiée par des questions principalement budgétaire, aux dépend des victimes d'infractions sexuelles, celles là même que le droit pénal prétend vouloir protéger de façon particulièrement virulente.

En définitive, à travers cet exemple, transparaît la difficulté pour les victimes d'infractions sexuelles de trouver leur juste place sur la scène pénale face aux vents contraires que sont les préoccupations budgétaires, la logique gestionnaire et les préoccupations utilitaires. Si leur souffrance est davantage entendue, il appert que les solutions proposées<sup>1349</sup> pour leur offrir une place significative mettent en exergue l'inadaptation du droit pénal lorsqu'il s'agit de répondre de façon satisfaisante aux victimes<sup>1350</sup>.

### **B. L'inconfort du statut de victime pour les protagonistes d'infractions sexuelles lato sensu**

**333. Une déresponsabilisation des individus.** Au-delà de l'incommodité du système pénal, le statut même de victime peut s'avérer encombrant lorsque l'on s'intéresse aux infractions sexuelles *lato sensu*. En effet, concernant ces infractions, l'un des protagonistes peut être considéré comme une victime par le droit, sans pour autant se considérer personnellement ainsi. Tel est le cas du mineur d'un certain âge exerçant une relation sexuelle avec un majeur ou de la personne qui se livre à la prostitution. Effectivement, en dépit du droit pénal, il arrive que le mineur estime avoir choisi en pleine conscience l'existence d'une relation sexuelle avec un majeur notamment ceux de plus de quinze ans. De même, la personne prostituée peut ne pas s'estimer victime. Du fait de l'influence des mœurs sur le droit pénal, l'appréhension de la sexualité par le droit conduit à culpabiliser ceux qui ne se ressentiraient pas victime, les éloignant par là même de leur propre réalité. En imposant le rôle de victime, le législateur dépossède l'individu de son ressenti et l'oblige à une attitude quasi schizophrénique. Le droit pénal se positionne en tant que tiers capable de décider si l'individu est ou n'est pas victime de l'infraction. Pourtant, rappelons que nous sommes en matière de sexualité, intime et personnelle par essence<sup>1351</sup>. En l'espèce, où se situe le trouble si ce n'est dans l'ignorance du consentement par le législateur ?

---

<sup>1349</sup> Voir également les effets d'un allongement régulier de la prescription de l'action publique, voir *infra* n° 314.

<sup>1350</sup> Sur une amélioration de la place offerte aux victimes, voir *infra* n° 533 s.

<sup>1351</sup> Sur la reconsidération des victimes et de leur consentement, voir *infra* n° 400 s.

Ainsi, au-delà du rôle imposé à l'individu, le système pénal lui retire toute capacité de choisir. En voulant protéger la morale et ce que l'on estime être de la vulnérabilité, l'individu se retrouve finalement amputé de son libre arbitre. Tout se déroule comme si l'une des personnes clef de la situation n'était pas suffisamment capable de choisir de façon éclairée et ce, au nom d'une morale partagée et indépendamment de son individualité. Cette infantilisation des prostitués et l'absolue pureté qui entache les mineurs conduit à les ancrer dans une position délicate et inconfortable, tendant à les déresponsabiliser.

**334. Calife à la place du calife.** Est-il réellement le rôle du droit pénal de créer de nouvelles victimes ? Peut-il se faire victime à la place de la victime ? Si l'ordre public protégé par cette discipline peut être brandi contre l'existence ou l'absence de victime, en matière sexuelle cette justification ne convainc guère. Contrairement à l'État paternaliste, l'État démocratique ne se substitue pas aux choix des individus. La négation du libre arbitre au sein du domaine sexuel s'avère particulièrement délicate, car qui saurait tracer les limites entre la *bonne* et la *mauvaise* sexualité, si ce ne sont les partenaires de l'acte ? Cette idée, enracinée dans une conception morale et orthodoxe de la sexualité, se confronte à de nombreuses réalités. L'évolution en la matière ne fait aucun doute ! L'horreur d'hier a rejoint le commun d'aujourd'hui. En 1986, la sodomie fut considérée comme ne relevant pas d'un « droit fondamental » par la Cour suprême des États-Unis, si bien que chaque État était libre de punir ces comportements en tant que conduite « immorale »<sup>1352</sup>. En 2003, la répression de la sodomie entre personnes homosexuelles est finalement considérée contraire à la Constitution<sup>1353</sup>. Ces bouleversements légaux témoignent de l'enracinement moral de ces infractions, prenant leur source dans des sentiments collectifs de dégoût sur lesquels s'appuie maladroitement le législateur.

N'est-il pas temps de reconnaître l'individu, et non la société, au centre de la sexualité ? La pénalisation de l'exercice d'une *mauvaise* sexualité n'a pas lieu d'être si celle-ci ne se fait au dépend de personne. Certes, des limites doivent être posées. Néanmoins, celles-ci semblent trop implacables pour être satisfaisantes. S'il est rationnel de protéger le mineur, il semble impossible de lui refuser toute sexualité<sup>1354</sup>. La prostitution ne peut pas non plus être appréhendée de façon si manichéenne. Les limites méritent d'être repensées, non pas à la lumière des mœurs, mais à celle du droit pénal et de son sens<sup>1355</sup>.

---

<sup>1352</sup> Supreme Court, 30 juin 1986, *Bowers v. Hardwick*, 478 U.S. 186.

<sup>1353</sup> Supreme Court, 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558.

<sup>1354</sup> Sur la reconsidération de la place du mineur et de son consentement, voir *infra* n° 410 s.

<sup>1355</sup> Voir *infra* n° 400 s.

*In fine*, déclarer : « il y a certes de la tiédeur dans cette manière de faire, mais le législateur n'y est-il pas condamné ? »<sup>1356</sup> paraît étonnant. Si le mieux est l'ennemi du bien, il ne semble pas acquis en la matière. L'influence persistante de la morale sur le droit, quelles qu'en soient les justifications, engendre de nombreuses déconvenues. Du sens de la loi pénale à son efficacité, du délinquant à la victime, toute la société souffre de cette emprise. Peut-être est-il temps de modifier le paradigme à travers lequel la relation entre le droit et la morale est appréciée ? Peut-être que l'heure est venue d'une reconquête des mœurs par le droit pénal.

**335. Conclusion de la Section 2.** Les effets toxiques de l'interférence entre le droit pénal et les mœurs ne se limitent pas au sens et à l'efficacité de la loi pénale. En effet, les justiciables sont, eux aussi, sacrifiés au profit de la morale. Des mis en causes aux victimes, les conséquences de cette interférence retentissent bruyamment. En effet, l'influence de la morale culturelle sur le droit conduit à une scission dans la façon d'appréhender les individus. Alors que le droit pénal tend à proclamer haut et fort l'importance, voire la nécessité, du principe de dignité de la personne humaine, celui-ci choisit pourtant de ne pas l'appliquer à tout le monde. Les mis en cause en matière sexuelle sont invariablement déshumanisés et réduits à leurs actes. La dignité individuelle ne saurait être attribuée à ceux qui ne la méritent pas et ce, *ad vitam eternam*. Par ailleurs, la place des victimes semble également chancelante. Quelles se ressentent victimes ou qu'on leur impose ce statut, celles-ci se heurtent rapidement à l'inadaptation du système pénal. Après leur avoir tant fait croire à une écoute certaine, la réalité du droit pénal rattrape très vite ceux qui pensaient trouver en elle un moyen de soulagement.

**336. Conclusion du Chapitre 2.** L'influence des mœurs sur le droit pénal est loin d'être anodine. Bien que l'objectif soit louable, cette interférence bouleverse tout sur son passage, méconnaît les libertés individuelles, malmène les principes fondamentaux et ignore les justiciables. Le droit pénal s'épuise dans cette quête de normalisation et de moralisation des individus. Il dépasse son objet, modifie ses outils, mais son efficacité reste limitée. Pire encore, la matière pénale va parfois jusqu'à mettre en danger ceux qu'elle entendait protéger. De la loi aux individus, l'emprise des mœurs paraît dangereuse voir contreproductive. En 2012, G. BRIE réalise une thèse de sociologie consacrée au traitement social de la criminalité sexuelle

---

<sup>1356</sup> A. DENIZOT, « Une loi inapplicable est-elle une loi inutile ? » *RTD Civ.* 2018, p. 980 s.

pédophile. Il conclut que le *crime absolu* tend à modifier l'appréhension de ces individus par les professionnels, les éloignant par là même de l'objectivité et de la sérénité<sup>1357</sup>.

En effet, cette pénalisation des mauvaises mœurs induit un maquis d'infractions animé par une volonté émotionnelle et déconnectée de la réalité juridique. De même, les procédures s'émancipent du droit commun sans interroger leur mise en place et leurs effets concrets. La légitimité de la loi pénale est menacée au profit d'une concrétisation maladroite. Par ailleurs, en éclairant uniquement la face sombre des auteurs d'infractions sexuelles, en appliquant à la perfection l'idée d'un personnage d'A. MALRAUX selon qui, « l'homme est la somme de ses actes »<sup>1358</sup>, le droit pénal l'incite à se conformer à ce que l'on attend de lui. Les victimes réelles sont également soumises à un leurre. La matière pénale prétend leur répondre alors même que leur souffrance ne trouve jamais de repos. La scène pénale semble trop binaire pour s'adapter à leurs besoins. En parallèle, les victimes fictives sont oubliées derrière l'image qui leur est attribuée. Leur parole est passée sous silence et le droit pénal prétend savoir à lui seul la réalité de leur situation. En dépit du dessein louable du législateur, l'interférence entre la morale et le droit apparaît plus dangereuse que bénéfique.

**337. Conclusion du Titre 2.** L'interférence entre les mœurs et le droit pénal cristallise une volonté plurielle au sein de laquelle la répression n'appert que dans un second temps. Tout d'abord, la pénalisation florissante des comportements sexuels témoigne d'un souhait expressif. Le droit pénal est utilisé pour exprimer. Vectrice de symbole, la matière tend à présenter pour juste ce qui relève du bien afin de convertir un plus grand nombre d'individus. Cette présentation de la sexualité et la valorisation d'une sexualité normée espèrent perfectionner l'individu par l'encadrement de son intimité. L'expression de la non-conformité sexuelle est l'une des premières justifications de ce droit pénal qui n'hésite pas à punir pour exprimer, ou exprimer ce qui était d'ores et déjà puni, comme en témoigne la pénalisation à part entière de l'inceste.

Au-delà de l'expression, le droit pénal se fait également préventif. Afin de ne pas laisser sans réponse les individus qui n'auraient pas adhéré à la sexualité exprimée par le droit pénal, la matière se charge de les écarter de la société. Cette prévention par la pénalisation est multiple. Elle s'engage à la fois dans la prévention de la dangerosité *a priori* et *a posteriori*. Les citoyens

---

<sup>1357</sup> G. BRIE, *Traitement social de la criminalité sexuelle pédophile : rapports de pouvoir et lutte des représentations entre agents chargés du contrôle et condamnés*, Thèse, Paris Nanterre, 2012.

<sup>1358</sup> A. MALRAUX, *La condition humaine*, Gallimard, 1972.



déviantes sont écartés avant même l'existence d'une victime et ce durant très longtemps par la multiplication des mesures de sûreté. Ce double procédé s'avère efficace en ce qu'il se propose d'exclure de la société la partie *malade* qui la compose. Ainsi, l'usage expressif et préventif de la loi pénale conduit à effectuer une normalisation par la norme. La sexualité, aux confins des individualités, apparaît comme un domaine à modéliser pour mieux contrôler.

Cependant, là ne s'arrête pas la volonté du législateur puisque la loi pénale se propose également de devenir une réponse à la normalité. Face à une opinion publique désenchantée et aux cercles des victimes désabusées, le législateur ne cesse d'user de la matière pénale pour attester d'une écoute et d'une considération effective. La loi pénale se fait alors déclarative. L'influence des mœurs sur le droit témoigne ainsi d'une politique d'affichage, quand bien même les attentes seraient insatiables et la normalité impossible à contenter.

Pourtant, la multiplication des fonctions attribuées à la loi pénale finit par l'ébranler. Sa légitimité s'appauvrit sous l'effet de cet usage pulsionnel. L'efficacité de cette démarche reste limitée, l'effolement suscité par les infractions sexuelles conduit à malmenager nos libertés fondamentales. Le répressif n'apparaît plus que comme un souvenir lointain, écrasé par les innombrables fonctions de la loi pénale, oublié derrière la volonté de soigner la délinquance. L'émergence d'un maquis d'infraction et d'un régime en jachère blesse plus qu'il ne guérit. De même les justiciables, auteurs comme victimes, ne sauraient profiter de ce régime émotif et souffrent également de cette pénalisation de la déraison. L'emprise des mœurs sur la matière pénale s'avère ainsi perverse. Il est désormais indispensable de la limiter.

**338. Conclusion de la Partie 1.** Afin d'étudier l'interférence entre les mœurs et le droit pénal, il était inévitable de partir du constat selon lequel le droit pénal avait connu une émancipation certaine vis-à-vis de la morale. Témoignage de cet affranchissement, certaines infractions telles que l'adultère ou l'homosexualité ont été dépénalisées. De même, le terme *mœurs* a disparu du nouveau Code pénal<sup>1359</sup>.

Cependant, cette démonstration ne saurait être unie teinte. En effet, l'évolution sémantique du droit pénal ne peut être interprétée comme la preuve irréfutable d'une scission avec la morale. Si ces événements font état d'un affranchissement inéluctable, bien souvent, la volonté de moderniser le langage prime sur celle de se défaire des mœurs.

---

<sup>1359</sup> À l'exception des discriminations fondées sur les mœurs (Article 225-1 du Code pénal).

L'interférence entre le droit et la morale se réactualise de différentes façons. Tout d'abord, si après avoir été contraints de déterminer la teneur des mœurs, les magistrats ont tenté de rechercher dans les experts des piliers d'objectivité, la justice reste humaine. Les magistrats demeurent nécessairement soumis à leur époque. Le droit pénal est un lieu d'inter-normativité au sein duquel se rencontrent divers domaines, notamment la morale. Aussi, à travers la jurisprudence, les mœurs sont *juridifiées* et l'étude des décisions laisse apparaître un vocabulaire empruntant au champ lexical de la morale. On ne saurait nier la réactualisation d'une interférence entre la morale et le droit pénal, notamment en raison de sa matérialisation.

Par ailleurs, au-delà de l'inévitable influence des mœurs sur les magistrats, cette étude a permis de dévoiler l'influence persistante de la morale sur les textes législatifs. En effet, l'étude attentive des infractions sexuelles a révélé la pénalisation d'infractions sans victime dont les racines semblent profondément ancrées dans la protection de la morale. Dissimulées derrière le masque de la dignité et celui de la protection des mineurs, ces infractions s'appuient sur des valeurs sociales indisponibles qui ne laissent aucune place au consentement des protagonistes. L'absence de victime réelle et ressentie ne brime pas le législateur dans sa volonté de punir la mauvaise sexualité. Oubliant l'ordre public, l'atteinte à la morale est suffisante pour justifier ces diverses pénalisations.

En parallèle, le régime relatif à la totalité des infractions sexuelles témoigne également d'une emprise de la morale. Sous l'effet de cette dernière, les infractions sexuelles sont soumises à un régime en tous points extraordinaire. Le temps et l'espace sont étirés. La punition et la médicalisation sont fusionnées. L'influence de la morale produit un régime boulimique qui avale tout ce qui se rapproche de la déviance sexuelle. Bien qu'une part de ce régime apparaisse on ne peut plus légitime, certains de ces aspects dépassent la raison.

Les raisons de cette interaction sont multiples. Tout d'abord, la loi pénale va être utilisée pour exprimer certaines valeurs, espérant ainsi une normalisation par la norme. Le droit exprime la *bonne* sexualité, espérant que celle-ci s'infiltré dans les esprits. Lorsque la valeur expressive de la loi pénale échoue, c'est à la fonction préventive de prendre le relai pour écarter les individus chez qui subsisteraient des déviances sexuelles. Corrélativement, le législateur va également employer la loi pénale en tant que réponse à la normalité des citoyens, aux honnêtes gens. L'arme pénale se mute alors en instrument politique destiné à satisfaire l'opinion publique et les victimes des infractions. Toutefois, cette exploitation émotionnelle de la loi pénale connaît des limites. En effet, jamais elle n'apaisera les souffrances des victimes. Trop binaire pour

fonctionner, la loi pénale déçoit ceux qu'elle prétend guérir. De même, la volonté de répondre à l'opinion publique s'évapore rapidement devant son inconsistance, voire son inexistence. Si l'opinion publique n'existe pas, alors cette quête est vaine.

Loin d'être bénéfique, l'influence des mœurs sexuelles sur le droit pénal apparaît surtout toxique. Devant cette volonté de normaliser les comportements intimes, les libertés individuelles sont sacrifiées. La liberté sexuelle et la liberté d'expression se plient aisément devant la morale, dissimulée derrière la minorité ou la dignité, sans pour autant garantir une quelconque efficacité. Par ailleurs, en prétendant tout voir, tout savoir et tout régir, le Code pénal se remplit d'infractions qui se fondent et se confondent à l'image des procédures inappliquées ou inapplicables, et ce, au mépris des principes de légalité et de nécessité. La main tremblante du législateur disparaît sous le phénomène de *moral panic*.

Enfin, les risques ne se limitent pas à la loi pénale. Ils se propagent également aux protagonistes. Les auteurs d'infractions sexuelles sont en effet réduits à leur acte. Assimilés à des monstres ou des prédateurs, leur dignité est malmenée. De même, la prise en charge des victimes d'infractions sexuelles laisse à désirer. Bousculées par une procédure inadaptée à leurs souffrances, le droit se présente comme un remède à tous leurs maux, mais ne tient pas ses promesses. N'hésitant pas à dépasser ses prérogatives, il arrive également au droit pénal de déterminer qui sont les victimes au-delà des perceptions individuelles. Alors, le législateur se désintéresse de ceux qu'il entend protéger pour leur imposer un statut qui ne leur convient pas et conduit à les mettre en danger.

Face à l'assujettissement du droit pénal aux mœurs et aux risques inhérents à cette interférence, que peut-on proposer ? Comment rationaliser l'influence des mœurs tout en garantissant le respect de l'ordre public ? Comment améliorer la prise en charge des protagonistes et recentrer la matière autour des principaux concernés ? Comment, à partir d'une démarche effectuée dans un microcosme, celui des infractions sexuelles, peut-on proposer un système d'éthique pénale minimale ?

## Partie 2 – Le droit pénal libéré des mœurs

**339. Une empreinte pernicieuse.** Si l'influence des mœurs sexuelles sur le droit pénal se veut subtile, ses effets n'en demeurent pas moins particulièrement dangereux. Bien qu'un certain consensus se soit établi autour du rejet de l'auteur d'infractions sexuelles, aisément présenté comme l'un des monstres du monde contemporain, le droit pénal ne saurait intégrer en son sein la tyrannie de la morale collective, au risque de s'y perdre. Devant la pression du collectif, le droit s'effrite, les libertés individuelles se diluent, le principe de légalité se fait discret. Face à l'influence de la morale, les justiciables sont instrumentalisés et malmenés.

**340. Le droit comme outil de réduction.** Dès lors, il appert essentiel de limiter cette influence de la morale sur le droit. Néanmoins, le danger d'opposer une vision subjective à une autre vision subjective est réel. En effet, il serait aisé d'opposer l'autonomie personnelle à la dignité, la liberté à la sécurité. Toutefois, ces arguments ne satisferaient que notre propre sensibilité. Aussi, c'est au sein du droit, de ses fondements, de ses fonctions et de ses principes que les moyens de limiter l'influence des mœurs sur le droit pénal peuvent être puisés. Sans tomber dans le gouffre de la relativité, la matière comporte déjà tous les instruments propices à limiter l'immixtion de la morale.

Actuellement bicéphale, l'influence des mœurs concerne à la fois les incriminations sexuelles et leur régime. Ces deux éléments devront donc être abordés, en vue de proposer des moyens concrets pour limiter l'interférence entre le droit et les mœurs. Il ne s'agit pas de prôner une distinction hermétique, impossible à mettre en place, mais seulement de circonscrire l'interférence entre le droit pénal et les mœurs.

**341. L'embellissement des ruines de la relation.** À partir de cette réduction, il s'agira d'envisager les vestiges du droit pénal émancipé des mœurs. Après avoir épuré la matière d'une part de l'influence de la morale, il semble inévitable de s'intéresser concrètement aux protagonistes de la relation sexuelle. Le sort de l'auteur et de la victime d'infraction sexuelle sera étudié afin de parfaire leur appréhension et améliorer leur intégration au sein du système pénal. Devenus les pivots centraux de la réflexion menée jusqu'alors, ils ne sauraient être ignorés au sein du régime repensé.

Plus loin encore, la réflexion conduira jusqu'à ses limites. S'interrogeant sur la possibilité d'étendre les dispositifs proposés à l'ensemble du droit pénal, l'opportunité d'un droit pénal minimaliste, inspiré de la notion d'éthique minimaliste, philosophie développée par R. OGIEN<sup>1360</sup> est intrigante. Cette philosophie permet d'arborer la question de l'influence de la morale sous un autre angle de nature à enrichir notre réflexion. Jusqu'où mener la métamorphose du périmètre des mœurs ? Après avoir ignoré la morale collective, le droit pénal doit-il se faire le protecteur de ceux qui exercent une morale individuelle et dissidente ? Parallèlement, jusqu'à quel point pousser l'indifférence du droit pénal vis-à-vis des mœurs ? Celle-ci doit-elle irriguer l'ensemble de la matière pénale ou ne doit se limiter à la sphère sexuelle ? Enfin, l'étude de l'éthique minimaliste permettra d'envisager le rejet des infractions sexuelles sans victime du spectre de la morale. Si ni le droit ni la morale ne peuvent se charger de délimiter les contours de la sexualité, difficile d'ignorer le vide laissé. Émerge alors l'angoissante liberté.

**342. Annonce de plan.** Afin d'envisager un droit pénal libéré de la morale, différents outils seront développés en vue d'assurer la réduction de l'influence des mœurs (**Titre 1**), permettant alors d'aborder les conséquences du processus d'*amoralisation* (**Titre 2**).

---

<sup>1360</sup> La philosophie de l'éthique minimale a été développée au sein de différents textes : R. OGIEN, *La panique morale*, Grasset, 2004 ; R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Folio, 2007 ; R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine: et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset, 2011 ; R. OGIEN, « Que fait la police morale ? », *Terrain, anthropologie et sciences humaines*, n° 48, 2007, p. 31 s.

## **Titre 1 – Les procédés d'*amoralisation***

**343. Une double manifestation.** Limiter l'influence des mœurs sur le droit pénal implique de comprendre de quelle manière elle se manifeste. Comme exposé plus avant, les mœurs influent de deux façons sur la matière pénale. La première manifestation concerne certaines infractions sexuelles érigées sur la morale bafouée. Il s'agit des infractions sexuelles sans victime qui tendent exclusivement à protéger la morale, qu'elle soit publique ou privée. Ces dernières réduisent l'ordre public à l'ordre moral. Elles oublient le juste et l'injuste pour se concentrer sur le bien et le mal.

La seconde manifestation de l'interférence apparaît lors de l'examen du régime des infractions sexuelles. En tout point dérogatoire, ce régime exorbitant de droit commun ajoute à l'exceptionnalité des infractions sexuelles dans leur ensemble. Alimenté par la morale blessée, tout est mis en œuvre pour resserrer le filet autour des comportements déviants. Contrairement à la première forme d'influence, celle-ci concerne l'ensemble des infractions sexuelles et ne se limite pas aux infractions sexuelles *lato sensu*. Aussi, une part de ce régime se justifie aisément. La gravité des infractions implique une certaine quête d'efficacité. Toutefois, un autre aspect du régime attribué aux infractions sexuelles repose sur des considérations morales, éloignée de la raison juridique. Cet excès doit être repensé.

Après avoir exposé l'influence puis dévoilé ses risques, il s'agit à présent de proposer des moyens efficaces d'*amoralisation*. L'objet de ces développements tend ainsi à réduire l'influence des mœurs afin d'envisager un droit pénal libéré de ses liens.

**344. Annonce de plan.** Différents outils juridiques peuvent être utilisés pour réduire l'influence des mœurs sur le droit pénal. La dualité de l'influence des mœurs induit une dualité des réponses à apporter. Il s'agira de proposer des moyens efficaces et concrets tendant à rationaliser à la fois les incriminations fondées sur la morale (**Chapitre 1**), mais également le régime propre aux infractions sexuelles (**Chapitre 2**).



# Chapitre 1 – La rationalisation des incriminations sexuelles

**345. Une rationalisation impérative.** Face à l’hypertrophie du contrôle social et particulièrement du contrôle moral, face à une politique pénale de la panique, il apparaît nécessaire de mettre en place des limites juridiques, dressées comme des remparts contre l’influence néfaste des mœurs sur le droit pénal. Les risques relatifs à cette prolifération des incriminations fondées sur la morale sexuelle sont si nombreux qu’après les avoir mis en exergue<sup>1361</sup>, il est essentiel de proposer des solutions adéquates. La rationalisation de certaines incriminations par la réécriture ou la suppression de certaines d’entre elles s’avère être le premier pas vers une reconquête des mœurs par le droit pénal.

**346. Un piège à éviter.** Cependant, vouloir limiter l’influence de la morale présente immédiatement un risque qu’il est essentiel de signaler pour mieux s’en éloigner. L’animation qui entoure ces questions tend aisément à dissiper la raison pour ne laisser que le cœur et l’émotion. L’objet de ce travail n’est pas d’opposer une croyance à une autre croyance. Les idées ne seront pas combattues par d’autres idées. Celles-ci seront neutralisées par le droit. La rationalisation des incriminations ne peut demeurer tributaire des sensibilités de chacun. Ainsi, le droit sera à la fois le domaine défendu et l’arme employée.

**347. Des armes juridiques.** Puisqu’il ne s’agit pas d’opposer une idéologie à une autre idéologie, les outils juridiques seront un refuge solide, capables de s’affranchir de toute subjectivité. Qu’ils soient propres aux infractions sexuelles ou qu’ils se reflètent sur toutes les incriminations, l’usage renouvelé de ces instruments devrait permettre l’émancipation du droit pénal vis-à-vis des mœurs en tant que fondement de la répression. En effet, les infractions sexuelles se présentent comme un échantillon. L’amélioration de leurs contours juridiques devrait se refléter sur l’ensemble du droit pénal car il n’est pas rare de voir les initiatives testées

---

<sup>1361</sup> Voir *supra* n° 281 s.



au sein de ce microcosme s'étendre au reste de la matière. L'espoir qu'un tel processus perdure est donc loin d'être vain.

**348. Annonce de plan.** Afin de rationaliser l'influence des mœurs sur les infractions sexuelles, la valorisation du principe de nécessité (**Section 1**) et la rénovation du rôle du consentement permissif (**Section 2**) pourraient s'avérer efficaces.

## **Section 1 – L'exploitation du principe de nécessité**

**349. Un principe malléable.** Puisant sa force dans les fondements de la philosophie des Lumières, issu de l'idée selon laquelle tout châtiment qui ne découlerait pas d'une nécessité absolue serait tyrannique, le principe de nécessité traverse le droit pénal. L'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen proclame que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Néanmoins, aussi loué soit-il, cet article ne répond pas à une interrogation fondamentale : qu'est-ce qu'une loi nécessaire ? L'absence de définition aurait pu aboutir à une certaine efficacité de ce principe. Le texte ne donnant aucune indication sur les critères d'appréciation de la nécessité, cette marge d'appréciation aurait pu être exploitée par le législateur et le Conseil constitutionnel en faveur de son application. Or, il n'en est rien.

**350. Une obscurité à dissiper.** L'utilisation pratique et concrète du principe de nécessité demeure parcellaire. Les incriminations ne sont que très rarement examinées à la lumière de la nécessité. Difficile de déterminer la nécessité d'une loi sans plonger dans le gouffre de la subjectivité. L'absence de définition porte préjudice à l'application du principe de nécessité. Si celui-ci traverse la hiérarchie des normes, son contenu demeure nébuleux et hors d'atteinte. Actuellement, le seul constat d'un vide répressif permet de s'assurer de la nécessité d'une loi<sup>1362</sup>. Aussi, loin de satisfaire l'esprit de cet article 8 de la DDHC, le principe de nécessité est réduit à son sens le plus médiocre et n'est plus que poussière de lui-même. L'exploitation du principe de nécessité induit naturellement une nouvelle définition.

---

<sup>1362</sup> Voir *infra* n° 349 s.

Il s'agira donc de proposer des critères suffisamment solides pour garantir son plein effet (§ 1) avant d'en déduire les conséquences, notamment sur l'application matérielle qui pourrait en être faite (§ 2).

## § 1 – La détermination du principe de nécessité

**351. Un ancien pilier en devenir, de l'intérêt de l'oxymore.** Bien qu'il figure au sein du bloc de constitutionnalité et qu'il soit rappelé à l'article 8 de la CESDH, le principe de nécessité n'en demeure pas moins sous-exploité. En effet, son manque de consistance et de définition fait de lui un principe fantôme. S'il se situe aux confins de la matière et demeure un élément essentiel du droit pénal, le principe de nécessité reste un axiome délaissé, dont l'utilisation s'avère résiduelle.

Inexploité par le droit pénal car inexploitable, son manque de critères objectifs nuit à son application. Pourtant, son utilisation pourrait être une arme redoutable en vue de limiter l'interférence entre les mœurs et le droit pénal. À cet égard, redonner au principe de nécessité toute sa consistance s'avèrerait bénéfique. Ce n'est qu'à partir de la définition de nouveaux critères cumulatifs (A) que le principe de nécessité pourra faire l'objet de contrôles effectifs (B).

### A. De nouveaux critères à définir

**352. Repenser la nécessité.** Le mésusage du principe de nécessité s'explique dans une large mesure par son absence de définition. Faute de critères tangibles permettant d'apprécier la nécessité d'une infraction, la substance du principe s'est progressivement réduite au point de devenir anecdotique (1). Partant, l'institution de conditions cumulatives semble être la condition *sine qua non* à son application du principe de nécessité (2).

#### 1. *La déclinaison de différents critères*

**353. L'inconsistance contemporaine du principe.** En l'absence de définition et de critères objectifs, le principe de nécessité a progressivement perdu de sa superbe et se contente désormais de combler l'existence d'un *vide répressif*. Il suffirait que l'infraction n'existe pas pour être nécessaire. Déjà particulièrement limitée, cette conception est également atténuée par

l'interprétation faite de la notion de *vide répressif*, critère lui-même devenu insipide. En effet, l'étude du vide n'engage pas une démarche très poussée et se contente seulement d'une absence d'infraction particulière<sup>1363</sup>. À titre d'exemple, la pénalisation des injures publiques<sup>1364</sup> ou privées<sup>1365</sup> ne suffit pas à dissuader le législateur d'intervenir. Il persiste dans la surqualification par la pénalisation de l'outrage sexiste<sup>1366</sup>. Il suffit que le comportement ne soit pas sanctionné en tant que tel pour qu'une nouvelle infraction apparaisse nécessaire. Puisque le spécial déroge au général, les infractions spécifiques s'accumulent sans que leur nécessité ne soit interrogée. Bien que ce phénomène dépasse largement le cadre des infractions sexuelles, l'intérêt porté par les médias et l'opinion publique sur les atteintes aux mœurs, les rendent particulièrement poreuses à ce phénomène<sup>1367</sup>. Aussi, le principe de nécessité, s'il ne permet pas de s'interroger expressément sur l'intérêt d'une nouvelle infraction, ne permet pas non plus d'éviter des infractions doublons.

Or, quand bien même la notion de vide répressif serait entendue plus largement, il est évident que ce principe dépasse cet unique critère. À cet égard, la CEDH a estimé que le sens de l'adjectif *nécessaire* se situait entre, d'une part, l'adjectif « indispensable » et, d'autre part, l'« admissible », le « normal », l'« utile », le « raisonnable » ou l'« opportun »<sup>1368</sup>. Selon l'Académie française, est nécessaire « ce qui ne peut pas ne pas être »<sup>1369</sup>. Quant aux yeux du législateur, la nécessité s'apparente seulement à *ce qui n'est pas*. Cette conception illustre parfaitement l'aspect totalitariste que l'on prête à la matière pénale. L'absence de pénalisation particulière suffit à la rendre nécessaire. Pourtant, la nuance entre ces différentes interprétations est de taille. *In fine*, la question demeure : qu'est-ce qu'une infraction nécessaire ? Nul ne le sait. De fait, il semble nécessaire – il ne peut en pas être autrement – de trouver des critères de nature à permettre de définir précisément ce que recouvre le principe de nécessité<sup>1370</sup>.

**354. Un vide répressif pour premier critère.** L'exploitation et l'application de ce principe constitutionnel ne saurait se passer d'un contenu stable et objectif. Plusieurs critères doivent donc être déterminés en vue de limiter l'influence des mœurs sur les infractions sexuelles. Le

---

<sup>1363</sup> Voir notamment V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Reynald Ottenhof : Le champ pénal*, 2006, p.155 s.

<sup>1364</sup> Article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>1365</sup> Article R. 635-8-1 du Code pénal.

<sup>1366</sup> Article 621-1 du Code pénal.

<sup>1367</sup> Voir *supra* n° 258 s.

<sup>1368</sup> CEDH 26 avril 1979, n° 13166/87, *The Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 59.

<sup>1369</sup> <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9N0189> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1370</sup> Pour une application concrète de ces critères, voir *infra* n° 366 s.

premier critère consisterait donc à s'appuyer sur ce qui existe déjà, l'existence d'un vide répressif. Si, *a priori*, celui-ci se fond et se confond avec l'unique critère actuel, il s'en détache par son étendue. Le vide répressif doit être entendu plus largement. Cela doit signifier qu'aucune autre incrimination ne recouvre le comportement que l'on souhaite réprimer. Il ne s'agit donc pas de se contenter d'un vide particulier, c'est-à-dire du simple fait que ce comportement n'est pas visé expressément et directement par le Code pénal. Le vide répressif doit signifier qu'aucune infraction existante ne permet de réprimer un tel agissement. Le respect de cette condition permettra également de ne pas omettre le caractère intrinsèque à la loi pénale, générale et abstraite.

**355. Un comportement antisocial.** Une fois le vide constaté, il s'agit de se demander si le comportement affecte l'intérêt général de façon suffisamment importante pour nécessiter l'usage de l'arme pénale. Doit alors se poser la question suivante : est-ce que cet acte trahit véritablement un caractère antisocial de nature à heurter la société tout entière ? Grâce à ce critère, la simple pénalisation du manque de civisme devrait être écartée<sup>1371</sup>. En effet, toute incrimination doit répondre à un besoin social impérieux. « Une incrimination n'est pas nécessaire (et donc pas suffisamment nuisible ou grave) si l'acte incriminé n'est pas directement attentatoire à la valeur protégée »<sup>1372</sup>. Ce filtre permet de revenir au fondement même du droit pénal ayant vocation à protéger la société dans son ensemble. Il s'agit d'un critère intrinsèque au principe de nécessité. Grâce à cet élément, la matière pénale ne sera pas utilisée pour éduquer les individus par la pénalisation d'atteintes infimes à l'ordre public, mais se concentrera autour de la répression des comportements antisociaux.

**356. Un usage subsidiaire.** Par ailleurs, un troisième critère apparaît inhérent au second. Il s'agit du respect de la subsidiarité du droit pénal. La loi pénale est « moins une espèce particulière de loi que la sanction de toutes les autres »<sup>1373</sup>. Pour cela, encore faut-il qu'une autre loi existe. S'il existe un vide répressif, que le comportement témoigne d'un caractère antisocial de nature à affecter la communauté dans son ensemble, il s'agit de se demander s'il

---

<sup>1371</sup> Voir notamment V. SIZAIRE, *L'ordre pénal républicain*, Thèse, Paris Nanterre, 2013, p. 142 s. ; O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in O. CAHN et K. PARROT (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal*, Lextenso, 2012, p. 20 s. ; O. CAHN et K. PARROT (dir.), *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la Journée d'Etudes Radicales*, Lextenso, collection LEJEP, 2013.

<sup>1372</sup> R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245 s., spéc. p. 255.

<sup>1373</sup> J.-J. ROUSSEAU cité par X. PIN, *Droit pénal général*, 11<sup>ème</sup> édition, 2020, Dalloz, p. 37.

existe un autre moyen que l'usage du droit pénal pour répondre à ce comportement. Le droit pénal a vocation à demeurer subsidiaire. Il est l'ultime solution et ne saurait être utilisé à titre liminaire en évinçant toutes réflexions sociales, éducatives<sup>1374</sup> ... Le droit civil ou social doivent être invoqués en premier recours, avant d'user du caractère infamant propre au droit pénal<sup>1375</sup>. Affirmer le caractère subsidiaire du droit pénal permet de modifier profondément le paradigme sous lequel la matière est appréhendée. Le droit pénal ne doit plus être le remède automatique à tout vide répressif ; il doit au contraire demeurer l'*ultima ratio*. En respectant ce principe, la matière retrouverait le caractère exceptionnel qui est le sien, nécessaire à son efficacité et conforme à son sens. Les modes alternatifs de résolution des conflits devront donc être valorisés et priorisés.

**357. Une consécration légale.** Afin de clarifier et d'ancrer le principe de nécessité dans notre droit actuel, il est envisageable d'ajouter un article au sein des dispositions générales du Code pénal précisant ses contours. Ce dernier ferait suite à l'article 111-5 du Code pénal et permettrait de compléter la teneur du principe de légalité et de ses corollaires. Si une modification de la Constitution serait souhaitable, le principe de réalité invite à envisager son inscription dans le Code pénal. Certes, il sera toujours possible au législateur d'y déroger car cette disposition aura valeur législative. Cependant, le principe de nécessité étant constitutionnel, il ne s'agit là que d'une énumération de ses composantes. Aussi, l'intégration d'un nouvel article relatif au principe de nécessité au sein des dispositions générales permettrait de faire état des différentes conditions à respecter et pourrait être rédigé de la sorte :

*« La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.*

*Les peines ne sont nécessaires que lorsqu'elles :*

*1° Répondent à un vide répressif,*

---

<sup>1374</sup> Voir *infra* n° 356.

<sup>1375</sup> Voir notamment D. SALAS, *La justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Les Arènes, 2012 (l'auteur regrette l'instrumentalisation de la loi, devenue « simple moyen de communication ») ; O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », art. préc., spéc. p. 21 (« À ce titre, contrairement au droit civil, il doit demeurer subsidiaire et ne pas embrasser toutes les manifestations de la vie en société mais stigmatiser sporadiquement les actes absolument incompatibles avec les règles *sine qua non* du "vivre ensemble" ») ; P. LE MONNIER DE GOUVILLE, « Le principe de nécessité en droit pénal – À propos de l'ouvrage d'O. Cahn et K. Parrot (dir.), Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, Collection LEJEP, 2013 », *Les Cahiers de la justice*, 2014, n° 3, p. 495 s., spéc. p. 497 (« L'ingérence du législateur doit demeurer subsidiaire, là où le droit civil, lui, a vocation à recouvrir le plus largement possible les diverses manifestations de la vie quotidienne »).

2° Répriment un comportement manifestement antisocial,

3° Et sont utilisées à titre subsidiaire ».

En définitive, après avoir constaté un vide répressif, à savoir l'absence d'infraction permettant de punir un tel comportement, il s'agit de s'interroger sur l'atteinte portée à la cohésion sociale et à son importance. Si le comportement réellement manifeste un comportement antisocial, dépassant les simples incivilités, le législateur doit interroger les modes alternatifs de traitement des conflits. Existe-t-il un autre moyen de répondre à cet agissement ? Alors, si après tous ces filtres le droit pénal apparaît nécessaire, il sera possible d'en faire usage<sup>1376</sup>. Néanmoins, ces différents critères pourront s'avérer efficaces à une ultime condition, évincer la croyance en la fonction performative de la loi pénale, croyance selon laquelle la loi aurait pour effet inévitable d'améliorer l'individu.

## 2. L'abandon d'un indubitable mythe

**358. Le mythe de l'effet performatif.** La fonction performative du droit pénal recouvre l'idée d'une loi capable de rendre les individus meilleurs, du seul fait de son existence. Cette croyance tend à affirmer qu'en exprimant, la loi pourrait perfectionner les citoyens<sup>1377</sup>. Or, afin d'appliquer le plus justement possible le principe de nécessité, il est évident que la croyance en une valeur performative du droit pénal doit être écartée. En affirmant que le droit pénal a le pouvoir de modeler les consciences individuelles, les différents critères du principe de nécessité ne sauraient que s'imposer. Si la matière a la capacité de formater les individus jusqu'à leur sphère intime, si elle peut éduquer à la non-violence et réorienter les âmes perdues sur le bon chemin, alors évidemment, il sera nécessaire de multiplier les infractions destinées à baliser la vie des individus. Cependant, pouvons-nous croire en l'existence un tel mythe ? L'histoire n'a-t-elle pas enseigné la défaillance du système performatif du droit pénal ? Cette croyance doit être abandonnée.

**359. Une croyance dommageable.** L'effet dissuasif des infractions ne saurait justifier ces proliférations pulsionnelles d'incriminations et ce, pour différentes raisons. Tout d'abord, le taux de récidive et le fait que les comportements infractionnels n'ont pas cessé à partir de leur

---

<sup>1376</sup> Pour l'application concrète de ces principes, voir *infra* n° 366.

<sup>1377</sup> Voir *supra* n° 358 s.

pénalisation, permet de remettre largement en question l'efficacité de ce mythe<sup>1378</sup>. Tout comme la peine de mort n'a jamais conduit à une dissuasion générale, la pénalisation ne suffit pas à normaliser les comportements individuels, encore moins lorsque ces derniers relèvent de l'intimité. De plus, cette volonté performative entraîne une pénalisation dangereuse et inefficace de la sphère de l'intime<sup>1379</sup>. L'homosexualité n'a pas disparu le temps de sa répression. La prostitution n'a pas cessé à partir de la pénalisation des clients. Au contraire, celle-ci s'est déplacées vers des profondeurs potentiellement dangereuses<sup>1380</sup>. Cette valorisation à outrance de la fonction expressive à vocation performative du droit pénal ne saurait justifier une pénalisation excessive sans risquer d'assombrir le sens de la matière. Certes le droit pénal détient une portée symbolique, mais cette dernière doit demeurer subsidiaire. Le principe de nécessité doit relever d'un principe de réalité. Le droit pénal consiste à punir des comportements antisociaux et non à promouvoir une certaine forme de sexualité, aux dépens de ceux qui la pratiquent. La stricte application des critères de la nécessité ne peut fonctionner qu'à partir du moment où l'on abandonne le mythe performatif.

Ainsi, faire dépendre le principe de nécessité de ces différents critères cumulatifs paraît être la condition *sine qua non* à son exploitation raisonnable, bien qu'incomplète. Le vide répressif, ajouté à l'intérêt général et l'importance du caractère antisocial du comportement, passé au filtre de la subsidiarité du droit pénal, permettrait de recentrer la matière afin de lui rendre toute sa puissance et sa légitimité. Toutefois, encore faut-il garantir des contrôles effectifs.

## **B. Un renouveau des contrôles possibles**

**360. Réaffirmer les contrôles envisageables.** Au-delà de l'institution de différents critères de nature à apprécier la nécessité d'une incrimination, la pluralité des contrôles permet d'assurer l'efficacité de ce principe (1). En redynamisant le principe de nécessité, les différents organes de contrôle pourront s'inspirer de la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans une certaine mesure, s'illustre déjà par une application effective du principe de nécessité (2).

---

<sup>1378</sup> Voir *supra* n° 224 s.

<sup>1379</sup> Voir *supra* n° 285 s.

<sup>1380</sup> Deux ans après la pénalisation, un constat se dégage : « Baisse du nombre de clients et baisse des revenus. Mais pas de baisse des travailleur.se.s du sexe », H. LE BAIL, C. GIAMETTA et N. RASSOUW, « Que pensent les travailleur.se.s du sexe de la loi prostitution: Enquête sur l'impact de la loi du 13 avril 2016 contre le “ système prostitutionnel ” », *Médecins du Monde*, 2018, p. 38.

1. *Repenser les contrôles internes*

**361. Des critères comme gages d'application.** L'intérêt de ces différents critères réside dans la possibilité de les appliquer rationnellement. Le principe de nécessité ne sera donc plus uniquement le fait d'une pensée personnelle et relative, mais répondra à des conditions rigoureusement déterminées. En effet, puisqu'il est nécessaire qu'un principe soit compris pour être appliqué, la déclinaison des critères qui le constituent devrait permettre une meilleure utilisation. Ainsi, la détermination d'un contenu objectif conduira inévitablement à une meilleure application matérielle car le législateur et le Conseil constitutionnel n'auront plus à craindre le risque de subjectivité. En établissant des critères tangibles et cumulatifs, il est permis d'espérer redonner de la force au principe de nécessité.

**362. Une pluralité de contrôles, une pluralité inefficace.** Au-delà de ces différents critères qui devraient engendrer une rationalisation des incriminations, la pluralité des modes de contrôles existants permettrait de s'assurer de l'effectivité du principe de nécessité. En effet, lorsqu'il s'agit de respecter un principe à valeur constitutionnelle, nombreux sont les moyens d'examen pouvant être sollicités. Le respect du principe de nécessité ne saurait être entièrement dévolu entre les mains du législateur. Si ce dernier, trop influencé par les pressions multiples<sup>1381</sup>, n'aborde pas le principe de nécessité avec objectivité, le Conseil constitutionnel pourra s'en charger, peu importe son mode de saisine. L'article 8 de la Déclaration de 1789 dispose que, « 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 ». Les Sages devraient donc, en toute logique, en faire application.

Pour autant, il existe différentes façons d'entendre et d'appliquer cet article. Tout d'abord, il est possible de considérer que l'article 8 de la DDHC tend à limiter les infractions car certains comportements ne nécessitent pas le prononcé d'une peine. Cette interprétation reviendrait à examiner la nécessité des incriminations. À l'heure actuelle, le Conseil constitutionnel refuse continuellement d'examiner la nécessité d'une infraction, considérant qu'il s'agit de la

---

<sup>1381</sup> « La démocratie ne se ramenait pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité », CEDH 13 août 1981, n° 7601/76 et 7806/77, *Young, James et Webster* du c/ *Royaume-Uni*, § 63.



compétence exclusive du législateur. Très peu de décisions du Conseil constitutionnel reconnaissent l'absence de nécessité d'une incrimination<sup>1382</sup>.

Selon une seconde lecture de cet article, il est également possible de considérer que l'article 8 de la DDHC impose que les peines ne soient pas excessives dans leur forme ou leur *quantum*. Contrairement à la nécessité des infractions, la nécessité des peines ne permet pas de statuer sur l'existence de la peine, mais sur sa consistance. À cet égard, le contrôle constitutionnel existe, bien qu'il s'avère restreint. Selon sa formule habituelle, le Conseil constitutionnel considère « qu'il ne lui appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci »<sup>1383</sup>. Lorsque le Conseil constitutionnel s'aventure sur le terrain de l'article 8 de la DDHC, il se limite couramment au constat d'une disproportion manifeste entre le comportement infractionnel et la peine encourue<sup>1384</sup> et se garde bien d'interroger la politique pénale.

**363. Une pudeur excessive mais compréhensible.** Actuellement, les Sages estiment que l'appréciation des incriminations à la lumière du principe de nécessité relève de considérations politiques auxquelles il ne semble vouloir prendre part. Pour autant, cette démarche est étonnante, voire excessive, notamment lorsque le Conseil constitutionnel considère que les doublons, eux non plus, ne portent pas atteinte au principe de nécessité. Selon lui, le principe de proportionnalité, découlant de celui de nécessité, n'est pas méconnu « lorsque plusieurs dispositions pénales sont susceptibles de fonder la condamnation d'un seul et même fait, les sanctions subies ne peuvent excéder le maximum légal le plus élevé »<sup>1385</sup>. La multitude de qualifications envisageables ne trouble pas le Conseil constitutionnel. Cependant, est-ce réellement là l'esprit de l'article 8 de la DDHC ? Au regard de la lettre du texte, il ne semble pas. Pour autant, peut-on reprocher au Conseil constitutionnel sa frilosité lorsqu'il s'agit d'apprécier subjectivement la nécessité d'une infraction ? Il ne semble pas non plus. Aucun critère ne lui permet d'aborder avec sérénité la nécessité d'une incrimination. En déterminant

---

<sup>1382</sup> Cons. const. 7 avril 2017, DC QPC n° 2017-62, *JO* du 9 avril 2017 ; Cons. const. 15 décembre 2017, DC QPC n° 2017-682, *JO* du 16 décembre 2017 ; A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, Tome 58, LGDJ, 2014, p. 270 s.

<sup>1383</sup> Voir notamment, Cons. const. 19 et 20 janvier 1981, DC n° 80-127, *JO* du 22 janvier 1981, n° 13.

<sup>1384</sup> Cons. const. 3 septembre 1986, DC n° 86-215, *JO* du 5 septembre 1986 ; Cons. const. 16 juillet 1996, DC n° 96-377, *JO* du 23 juillet 1996 ; Cons. const. 25 février 2010, DC n° 2010-604, *JO* du 3 mars 2010.

<sup>1385</sup> Cons. const. 12 janvier 2002, DC n° 2001-455, *JO* du 18 janvier 2002. Voir V. MALABAT, « De l'efficacité du contrôle de constitutionnalité en matière pénale », *Politeia*, 2004, n° 5, p. 159.

avec précision différents critères de nature à contrôler la constitutionnalité de l'infraction, les Sages auront le moyen d'en faire usage.

De fait, en établissant de nouveaux critères objectifs, il sera possible de rendre au principe de nécessité toute sa valeur. Établi sur des fondements stables, il ne sera plus tributaire des appréciations personnelles. Ainsi, son usage pourrait aisément limiter l'influence des mœurs sur le droit pénal. En dépassant la première appréhension d'un comportement déplaisant, les différents filtres du principe de nécessité et ses différents contrôles permettraient de limiter la prolifération d'infractions inutiles voire dangereuses.

## 2. *S'inspirer des contrôles externes*

**364. La CESDH, un texte ambigu.** La Cour européenne des droits de l'homme peut être considérée comme une source d'inspiration car celle-ci tend à faire concrètement respecter le principe de nécessité, en application de l'article 8 de la CESDH. Cet article dispose que « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». L'article 8 permet de prémunir l'individu contre toutes les ingérences arbitraires des pouvoirs publics si celles-ci ne poursuivent pas un but légitime. À ce titre, des restrictions à la liberté garantie par cet article de la CESDH peuvent être apportées lorsque l'ingérence de l'autorité publique « 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 ». Cette déclinaison de la consistance de la nécessité, allant jusqu'à faire figurer la morale en son sein interroge. Peut-on garantir le respect de la vie privée lorsque tout justifie sa restriction ? En effet, la définition de la nécessité donnée par l'article 8 de la CESDH semble si large que la lecture du second alinéa de l'article 8 fait *a priori* disparaître l'efficacité du principe de nécessité.

**365. La CEDH, l'exemple d'un contrôle possible.** Néanmoins, la jurisprudence de la CEDH ne profite pas tant de cette interminable déclinaison de nécessités. Au contraire, la Cour précise que l'adjectif « nécessaire » implique l'existence d'un « besoin social impérieux »<sup>1386</sup> de

---

<sup>1386</sup> Terme notamment employé par la CEDH 19 décembre 2006, n° 62202/00, *Radio Twist A.S. c/ Slovaquie* § 44.

recourir à l'ingérence. Ce terme reprend ainsi le second critère du principe de nécessité, à savoir l'atteinte fondamentale portée à la société dans sa globalité. Si la CEDH reconnaît nécessairement aux États contractants une marge d'appréciation conséquente, ce n'est pas pour autant qu'elle ne contrôle pas leurs décisions. Pour ce faire, elle n'hésite pas à rappeler que la tolérance et l'esprit d'ouverture constituent deux des caractéristiques « nécessaires dans une société démocratique »<sup>1387</sup>. Cette appréciation a ainsi permis de condamner les discriminations qu'opérait l'Irlande du Nord envers les homosexuels<sup>1388</sup>. De façon générale, le respect de l'orientation sexuelle et la vie sexuelle des individus a su bénéficier de cet article 8 de la CESDH<sup>1389</sup>. Afin de respecter le principe de nécessité, l'État défendeur doit donc démontrer l'existence d'un besoin social impérieux sous-jacent à l'ingérence<sup>1390</sup>. Néanmoins, son action se limite aux cas les plus emblématiques pour lesquels l'influence morale ne laisse guère de doute. Face à l'appréciation de l'opportunité des infractions, la Cour se fait souvent discrète et laisse aux parlements nationaux la souveraineté qui leur revient. Alors que ses interventions en matière de mœurs sont à souligner, « il ne faut pas attendre du droit européen qu'il développe un véritable contrôle de nécessité des incriminations »<sup>1391</sup>.

Si la déclinaison du principe de nécessité au regard de l'article 8 de la CESDH ne saurait satisfaire, l'application qui en est faite matériellement offre la possibilité d'un contrôle supplémentaire, déjà effectif et davantage satisfaisant que la réalité du droit interne. Il ne s'agira pas d'adopter la position de la CEDH qui considère que la protection de la morale peut justifier une ingérence nécessaire de l'État. Cependant, l'application concrète du principe de nécessité est inspirante et témoigne de la possibilité d'un usage effectif.

---

<sup>1387</sup> CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 51 s.

<sup>1388</sup> CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*.

<sup>1389</sup> Différents arrêts ont permis de reconnaître l'identification sexuelle, l'orientation sexuelle et la vie sexuelle des individus comme des éléments relevant de la sphère personnelle protégée par l'article 8 (CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 41 ; CEDH 25 mars 1992, n° 13343/87, *B c/ France*, § 63 ; CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, § 36 ; CEDH 25 septembre 2001, n° 44787/98, *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni*). Par la suite, la législation érigeant en infraction les actes homosexuels a été jugée contraire à l'article 8 (CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, § 41 ; CEDH 31 juillet 2000, n° 35765/97, *A.D.T. c/ Royaume-Uni*, § 36 s.). De même l'interdiction d'employer des homosexuels dans l'armée a été considérée comme une atteinte au droit au respect de la vie privée (CEDH 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni* ; CEDH 27 septembre 1999, n° 31417/96 et 32377/96, *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni* ; CEDH 22 octobre 2002, n° 48535/99, 48536/99 et 48537/99, *Beck, Copp and Bazeley c/ Royaume-Uni* ; CEDH 22 octobre 2002, n° 43208/98 et 44875/98, *Perkins et R. c/ Royaume-Uni* ;

<sup>1390</sup> CEDH 17 avril 2012, n° 20071/07, *Piechowicz c/ Pologne*, § 212.

<sup>1391</sup> E. DREYER, « Contrôle de la nécessité d'une incrimination », *Gaz. Pal.* 2021, n° 42116.

## § 2 – L'application du principe de nécessité

**366. Envisager les effets.** Bien que le principe de nécessité traverse la hiérarchie des normes, sa position, si enviable soit-elle, ne suffit pas à garantir son application matérielle. Le concept de nécessité reste vaporeux, presque insaisissable. Il était essentiel de prévoir certains critères objectifs permettant de définir le contenu de ce principe constitutionnel, afin de le comprendre et donc de l'appliquer. Désormais, il s'agit d'étudier les conséquences qu'aurait l'application de ces nouvelles conditions cumulatives sur les infractions sexuelles **(A)**, refusant l'intégration de critères subjectifs lesquels tendent à reconnaître la nécessité des infractions symboliques **(B)**.

### **A. Une application générale**

**367. Un principe qui transcende le droit pénal.** Contrairement à l'extension du consentement permissif<sup>1392</sup>, le principe de nécessité n'a pas vocation à se limiter aux infractions sexuelles. Il doit être considéré comme un prérequis à toute incrimination, avant même que ne se pose la question de la nature de l'infraction et potentiellement, celle de la place du consentement. Toutefois, il s'agit ici de s'intéresser particulièrement aux infractions sexuelles.

**368. Une application judiciaire en matière sexuelle.** Concernant les infractions sexuelles, le principe de nécessité peut être un filtre efficace notamment lorsque celles-ci relèvent davantage de la protection de la moralité publique ou de la moralité privée, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'infractions sexuelles sans victime matérielle, en opposition à l'absence de victime ressentie<sup>1393</sup>. Puisqu'il n'est pas possible de solliciter le consentement de tous les individus qui pourraient être amenés à voir un message contraire à la décence, par exemple, et puisqu'il n'est pas permis de présupposer de la consistance de l'opinion publique, le principe de nécessité offre une alternative intéressante. De même, puisqu'il n'est pas envisageable de questionner la volonté d'un dessin animé, la nécessité interroge la pénalisation de la pédopornographie lorsque le mineur n'est que représenté<sup>1394</sup>. Pour autant, le principe de nécessité ne se limite pas à ces quelques particularités et traverse l'ensemble des infractions sexuelles. En application des

---

<sup>1392</sup> Voir *infra* n° 380 s.

<sup>1393</sup> Voir *supra* n° 178 s.

<sup>1394</sup> Sur cette incrimination, voir *supra* n° 180.

critères précédemment établis, il s'agit donc de progresser en plusieurs étapes, en abordant les incriminations selon leur ordre d'apparition dans le Code pénal.

**369. Le live streaming<sup>1395</sup> face au vide répressif.** Récemment, confronté à la difficulté de punir efficacement le commanditaire d'un viol commis à l'étranger sur une personne étrangère par un étranger, le législateur est venu créer le délit d'instigation non suivie d'effet de viol et d'agression sexuelle<sup>1396</sup>. Punir ces agissements se heurtait à deux grandes difficultés sur le plan pénal. La première concernait les règles de l'application dans l'espace. Afin d'assurer la répression du commanditaire en tant que complice, il était nécessaire de faire fi des conditions de l'article 113-5 du Code pénal. Tel fut le choix du législateur en matière criminelle uniquement<sup>1397</sup>. L'infraction correctionnelle reste soumise aux règles d'application de la loi pénale dans l'espace de droit commun. La seconde embuche consistait à prouver la réalisation de l'agression sexuelle. Le propre de ces comportements consiste à ne laisser aucune trace après l'exécution de l'acte diffusé en direct dans les profondeurs d'internet à celui qui l'a commandé. Il était donc essentiel de permettre une répression effective, quand bien même l'acte n'aurait pas été réalisé ou que rien ne permettrait de prouver son existence.

Ainsi, la loi du 30 juillet 2020<sup>1398</sup> a créé le délit d'instigation de viol et d'agression sexuelle non suivie d'effet<sup>1399</sup>. À l'image du mandat criminel, cette infraction tente de pallier le manque législatif révélé par le développement de ces comportements sur le *dark web*. À première vue, cette pénalisation paraît essentielle. Impossible de laisser impuni l'instigateur d'un tel acte, quand bien même celui-ci ne serait pas exécuté ou impossible à prouver. Concernant les peines,

---

<sup>1395</sup> J.-C. PLANQUE, « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *Droit pénal*, septembre 2020, étude n° 27 ; P. ROUSSEAU, « Le renforcement de la lutte contre les commanditaires d'abus sexuels en live streaming », *AJ Pénal* 2020, p. 396 s. ; V. WEBER, « La loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales et l'application de la loi pénale dans l'espace : de quelques incohérences », *Droit pénal*, novembre 2020, étude n° 33.

<sup>1396</sup> Selon l'article 222-30-2 du Code pénal : « Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette une agression sexuelle, y compris hors du territoire national, est puni, lorsque cette agression n'a été ni commise, ni tentée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Lorsque l'agression sexuelle devait être commise sur un mineur, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende ».

Selon l'article 222-26-1 du Code pénal : « Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un viol, y compris hors du territoire national, est puni, lorsque ce crime n'a été ni commis, ni tenté, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende ».

<sup>1397</sup> Article 113-5 al. 2 du Code pénal. Voir *supra* n° 138.

<sup>1398</sup> Loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales, *JO* du 31 juillet 2020.

<sup>1399</sup> Article 222-26-1 du Code pénal (concernant le viol), Article 222-30-2 du Code pénal (concernant l'agression sexuelle).

l'instigation d'un viol est désormais puni d'une peine de 10 ans d'emprisonnement et d'une amende de 150 000 euros, alors que la peine relative à l'instigation d'une agression sexuelle s'élève à 5 ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende<sup>1400</sup>.

Au regard de la nécessité de cette infraction, il convient tout d'abord de s'intéresser au vide répressif. À cet égard, l'article 227-28-3 du Code pénal réprimait jusqu'en 2021 les instigations non suivies d'effet de plusieurs infractions dont le viol et l'agression sexuelle lorsque la victime visée était mineure. Aussi, les articles 222-26-1<sup>1401</sup> et 222-30-2<sup>1402</sup> du Code pénal ne se justifiaient qu'en ce qu'ils ne se limitaient pas à une victime mineure. Les textes entraient donc en partiellement en conflit. Une seconde difficulté résidait dans la peine applicable. En effet, si l'on visait l'article 227-28-3 du Code pénal, spécialement destiné au mineur, la peine s'élevait à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende. En revanche, l'article 222-26-1 du Code pénal prévoit une peine de dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende. La logique générale n'était pas respectée. L'articulation entre ces différents textes méritait d'être repensée. Le législateur est donc intervenu le 21 avril 2021<sup>1403</sup> en supprimant la référence aux viols et aux agressions sexuelles sur mineur au sein de l'article 227-28-3 du Code pénal.

Toutefois, si l'existence d'un vide répressif est apparu, une autre difficulté demeure. Celle-ci réside davantage dans la formulation de l'infraction, quelque peu chaotique. L'article 113-5 du Code pénal ne vise que les infractions criminelles. En matière correctionnel, un jugement étranger définitif est nécessaire. Afin d'éviter l'extension de l'article 113-5 du Code pénal, il serait possible de créer une infraction autonome, sous la forme d'infraction formelle, qui permettrait de punir comme l'auteur du viol et de l'agression sexuelle, son instigateur. L'intérêt de l'infraction autonome consiste à limiter les déformations du régime lorsqu'elles peuvent être évitées. Cela conduirait à supprimer le second alinéa de l'article 113-5 du Code pénal, relatif à la répression du complice lorsque l'infraction se déroule à l'étranger, par un étranger, sur un

---

<sup>1400</sup> La peine est aggravée lorsque la victime devait être mineure : « Lorsque l'agression sexuelle devait être commise sur un mineur, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende ».

<sup>1401</sup> « Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un viol, y compris hors du territoire national, est puni, lorsque ce crime n'a été ni commis, ni tenté, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende ».

<sup>1402</sup> « Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette une agression sexuelle, y compris hors du territoire national, est puni, lorsque cette agression n'a été ni commise, ni tentée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Lorsque l'agression sexuelle devait être commise sur un mineur, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende ».

<sup>1403</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021.

étranger<sup>1404</sup> car il ne serait plus nécessaire d'user de la complicité pour réprimer l'instigateur. Pour reprendre une part de la formulation proposée par J.-C. PLANQUE, un nouvel alinéa pourrait être ajouté à l'article 222-22 prévoyant que :

*« Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques dans le but qu'elle commette un viol ou une agression sexuelle, visionné par le biais d'un système de communication électronique est puni des peines prévues pour l'infraction recherchée ».*

Les articles 113-5 alinéa 2, 222-26-1 et 222-30-2 disparaîtraient au profit d'un nouvel alinéa figurant à l'article 222-22 du même Code.

**370. Le harcèlement sexuel, à la lisière du vide répressif.** L'histoire de l'infraction, entre « tricotages et détricotages législatifs »<sup>1405</sup>, témoigne sans aucun doute des difficultés éprouvées quant à la répression de tels comportements. Depuis la loi du 6 août 2012<sup>1406</sup> l'article 222-33, I° réprime « le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle 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 ». En 2018, la loi du 3 août 2018<sup>1407</sup> a décliné plusieurs formes de harcèlements sexuels, si bien que l'infraction est également constituée en présence de propos ou comportements « imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée », ou « imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition »<sup>1408</sup>. En dépit des nombreuses interventions législatives, les interrogations relatives à la nécessité de cette incrimination perdurent.

En effet, le harcèlement sexuel se heurte aux angles d'autres infractions et par là même, au principe de nécessité. Existe-t-il un vide répressif ? Le harcèlement sexuel diffère-t-il

---

<sup>1404</sup> Voir *supra* n° 138.

<sup>1405</sup> P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Harcèlement, décembre 2020, n° 5.

<sup>1406</sup> Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JO* du 7 août 2012.

<sup>1407</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018.

<sup>1408</sup> Article 222-33 du Code pénal.

suffisamment du harcèlement moral pour être nécessaire<sup>1409</sup> ? Suite à la déclaration d'inconstitutionnalité de l'infraction d'harcèlement sexuel<sup>1410</sup> en raison de son imprécision manifeste, la réintroduction de l'infraction par la loi du 6 août 2012<sup>1411</sup> demeure insatisfaisante. Élaborée dans la précipitation, cette nouvelle rédaction a conduit à faire reculer la sphère sexuelle au second plan. Contrairement au harcèlement sexuel assimilé<sup>1412</sup>, le comportement n'a pas pour objet d'obtenir des faveurs sexuelles mais d'user de propos ou de comportements à connotation sexuelle de nature à créer une situation « intimidante, hostile ou offensante » portant atteinte à la dignité de la personne. La sexualité n'est donc plus la fin, mais le moyen de l'infraction<sup>1413</sup>.

Ce recul du domaine sexuel rapproche donc dangereusement l'incrimination prévue à l'article 222-33, I°, du harcèlement moral. Selon le Code pénal, le harcèlement moral consiste en « des propos ou comportements répétés ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »<sup>1414</sup>. Le harcèlement sexuel se distingue donc par la nature sexuelle des agissements et le fait qu'ils ne soient pas limités à la sphère professionnelle, contrairement au harcèlement moral. Or, puisque la sexualité n'apparaît que comme un moyen, peut-on raisonnablement parler d'harcèlement sexuel ? L'infraction semble davantage correspondre à une variante du harcèlement moral. Ce parallèle est d'autant plus percutant à la lecture des travaux parlementaires en date de 2012, puisqu'à cette occasion il fut soutenu que les harceleurs « cherchent souvent, plus qu'une relation sexuelle, à asseoir une forme d'emprise sur la victime. Ainsi, comme le montre le Dr Samuel Lepastier, "le harcèlement sexuel est un viol psychique ; la contrainte morale étant substituée à la contrainte physique. Le harceleur tire plaisir de la relation d'emprise imposée à sa victime" »<sup>1415</sup>. Un second rapport désigne le harcèlement sexuel comme étant « un harcèlement moral à connotation sexuelle »<sup>1416</sup>. Certes, cette « connotation sexuelle » constitue la spécificité

---

<sup>1409</sup> Voir notamment Cass. crim. 27 mars 2019, n° 18-81047 ; *Gaz. Pal.* 2019, n° 29, p. 45 s.

<sup>1410</sup> Cons. const. 4 mai 2012, DC QPC n° 2012-240, *JO* du 5 mai 2012.

<sup>1411</sup> Loi n° 2012-954 du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, *JO* du 7 août 2012.

<sup>1412</sup> Selon l'article 222-33, II° du Code pénal : « Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».

<sup>1413</sup> E. DREYER, « Que veut-on protéger au titre du harcèlement sexuel ? », *JCP G* 2012, 1057.

<sup>1414</sup> Article 222-33-2 du Code pénal.

<sup>1415</sup> P. CROZON, Rapport de l'Assemblée nationale n° 86 du 26 juillet 2012 au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république sur le projet de loi (n° 82), adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif au harcèlement sexuel, p. 28.

<sup>1416</sup> A. ANZIANI, Rapport du Sénat n° 619 du 27 juin 2012 fait au nom de la commission des lois, relatif au harcèlement sexuel, p. 24.



de l'incrimination<sup>1417</sup> mais était-il nécessaire de faire survivre ces deux incriminations ? Lorsque l'aspect licencieux des propos ne constitue qu'un moyen de pression sur la victime, la répression de ce comportement peut tout à fait être absorbé par le harcèlement moral. L'existence d'un vide répressif s'effrite.

Par ailleurs, il est également possible de soutenir que le harcèlement sexuel tel qu'il est puni dans le Code pénal pourrait tout à fait se confondre avec les violences psychiques. À ce titre, le harcèlement sexuel assimilé nécessite des pressions graves permettant de le rapprocher des violences. Les travaux préparatoires font ainsi référence à une forme de violence morale<sup>1418</sup>. Depuis 2012, contrairement au harcèlement sexuel assimilé, le législateur a relégué le domaine sexuel du harcèlement sexuel *simple* au second plan si bien que l'existence d'un doublon remet en question l'existence même de l'infraction.

Dès la première étape tendant à déterminer la nécessité d'une incrimination, le principe constitutionnel est mis à mal. Au regard de cette atteinte au principe de nécessité, une réécriture de l'infraction est nécessaire afin de la recentrer autour du domaine sexuel comme tel est le cas du harcèlement sexuel assimilé<sup>1419</sup>. Cette caractéristique est essentielle car elle permet de distinguer l'infraction du harcèlement moral. La répression du harcèlement sexuel a tout son sens, à condition de mettre en exergue son objet lubrique. De fait, il s'agirait de ne plus faire de la sexualité le moyen, mais la fin de l'infraction. L'intention de l'auteur permettra de différencier le harcèlement sexuel du harcèlement moral et des violences psychologiques. Dans ce cas, un assouplissement des termes de l'article 222-33 permettrait d'englober en une seule et même infraction le harcèlement sexuel simple et assimilé<sup>1420</sup> :

*« Le harcèlement sexuel est le fait d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.*

*L'infraction est également constituée :*

---

<sup>1417</sup> P. MISTRETTA, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Harcèlement, préc. cit., n° 9.

<sup>1418</sup> P. CROZON, Rapport de l'Assemblée nationale n° 86 du 26 juillet 2012, préc. cit., p. 24 s.

<sup>1419</sup> Article 222-33, II° du Code pénal : « Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers ».

<sup>1420</sup> Sur la volonté de refonder ces infractions voir notamment : M. BENILLOUCHE, « Pour la création d'une qualification unique de harcèlement », *Droit pénal* n° 9, septembre 2015, étude 18.

1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition ».

À l'inverse, la pénalisation du *revenge porn* semble combler un vide répressif.

**371. La pénalisation du *revenge porn*, une nécessité.** Ces dernières années<sup>1421</sup>, des infractions aux noms venus d'ailleurs se sont immiscées dans notre Code pénal afin de protéger la vie privée des individus, notamment lorsqu'elle se réfère au domaine sexuel. Tout d'abord, la pénalisation du *revenge porn* désormais prévu à l'article 226-2-1 du Code pénal<sup>1422</sup> permet de réprimer la captation d'images à caractère sexuel dans un lieu privé ou public ainsi que la diffusion sans l'accord de l'intéressé d'images sexuelles<sup>1423</sup> qui auraient été captées avec son consentement. Concernant les infractions limitrophes, en application de l'article 226-1 du Code pénal « lorsque les actes mentionnés aux 1° et 2°<sup>1424</sup> du présent article ont été accomplis au vu et au su des intéressés sans qu'ils s'y soient opposés, alors qu'ils étaient en mesure de le faire, le consentement de ceux-ci est présumé ». Si certaines juridictions de fond réprimaient la diffusion sans le consentement de l'intéressé d'une image prise avec son accord<sup>1425</sup>, la Cour de cassation

---

<sup>1421</sup> Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, *JO* du 8 octobre 2015 (*Revenge porn*) et la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018 (*Upskirting*).

<sup>1422</sup> « Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait, en l'absence d'accord de la personne pour la diffusion, de porter à la connaissance du public ou d'un tiers tout enregistrement ou tout document portant sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel, obtenu, avec le consentement exprès ou présumé de la personne ou par elle-même, à l'aide de l'un des actes prévus à l'article 226-1 ». Sur le sujet voir notamment S. DETRAZ, « Les nouvelles dispositions réprimant les atteintes à l'intimité sexuelle : faire compliqué quand on peut faire simple », *RSC* 2016, p. 741 s. ; A. LEPAGE, « L'article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *Droit pénal*, janvier 2017, étude n° 1.

<sup>1423</sup> Sur la notion de « caractère sexuel », voir A. LEPAGE, « L'article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », art. préc.

<sup>1424</sup> « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui :

1° En captant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de leur auteur, des paroles prononcées à titre privé ou confidentiel ;

2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».

<sup>1425</sup> CA Metz, 4 février 1988 ; TGI Paris, 6 juin 1997.

n'a pas hésité à censurer un tel raisonnement au nom de l'interprétation stricte de la loi pénale<sup>1426</sup>. Rien n'interdisait la diffusion d'une image sans consentement du principal protagoniste dès l'instant où elle avait été prise avec l'accord de celui-ci. Face à cette réalité, le vide répressif ne faisait aucun doute. Par ailleurs, un tel comportement s'avère manifestement antisocial car il tend à utiliser la confiance d'autrui et son intimité comme une arme, en absence de tout consentement, pivot des atteintes à la vie privée. Enfin, la subsidiarité du droit pénal est évidente. Aucune autre discipline ne permet de sanctionner ou d'interdire ce procédé. L'article 226-2-1 du Code pénal semble trouver toute sa légitimité au sein du texte.

Parallèlement, la nécessité de l'infraction de voyeurisme peut néanmoins être remise en question.

**372. La pénalisation du *upskirting*, une nécessité discutable.** Concernant l'infraction de voyeurisme prévue à l'article 226-3-1 du Code pénal, le principe de nécessité s'assombri. Cet article réprime d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende « le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne »<sup>1427</sup>. Le risque concernant la prolifération des infractions spécifiques se situe dans la tendance à cumuler la répression de comportements similaires. En effet, la pénalisation du voyeurisme semble être à la jonction de nombreuses incriminations. Tout d'abord, lorsque la victime se trouve dans un lieu privé et que ses parties intimes sont filmées sans son consentement, l'article 226-1, 2° du Code pénal a vocation à s'appliquer<sup>1428</sup>. Dès lors que les images présentent un caractère sexuel, peu importe qu'elles aient été prises dans un lieu privé ou public, l'article 226-2-1 du Code pénal prend le relais<sup>1429</sup>. En outre, le fait que le délit de voyeurisme soit une infraction formelle n'atténue en rien sa superposition avec ces deux infractions puisque l'article 226-5 du Code pénal punit la tentative des infractions réprimées aux articles 226-1 et 226-2-1 du même code. Enfin, voir les parties

---

<sup>1426</sup> Cass. crim. 16 mars 2016, n° 15-82.676.

<sup>1427</sup> Sur le sujet voir notamment C. CLAVERIE-ROUSSET, « Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes », *Droit pénal*, octobre 2018, étude n° 23 ; S. DETRAZ et L. SAENKO, « La loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », *D.* 2018, p. 2031 s.

<sup>1428</sup> « Est puni d'un an d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende le fait, au moyen d'un procédé quelconque, volontairement de porter atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui : [...] 2° En fixant, enregistrant ou transmettant, sans le consentement de celle-ci, l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ».

<sup>1429</sup> « Lorsque les délits prévus aux articles 226-1 et 226-2 portent sur des paroles ou des images présentant un caractère sexuel prises dans un lieu public ou privé, les peines sont portées à deux ans d'emprisonnement et à 60 000 € d'amende ».

intimes de quelqu'un pourrait tout à fait être poursuivi sous l'angle des violences volontaires puisque ces dernières peuvent être psychologiques et ne nécessitent pas de contact physique<sup>1430</sup>. En définitif, l'infraction de *upskirting* ne résiste pas à une application stricte du principe de nécessité.

**373. Les propositions sexuelles, l'incitation sexuelle, la sollicitation d'image pornographique et la corruption de mineur.** La redéfinition du principe de nécessité aurait également pour effet d'éviter une profusion d'incriminations tendant à corriger la mauvaise rédaction des infractions voisines<sup>1431</sup>. Cela permettrait de mettre un terme à l'utilisation du quantitatif en tant que palliatif au qualitatif. À ce titre, une redéfinition de la corruption du mineur induirait l'absence de nécessité des articles 227-22-1, 227-22-2 et 227-23-1 du Code pénal<sup>1432</sup> relatif aux propositions sexuelles adressées à un mineur de quinze ans, à l'incitation sexuelle de mineur et à la sollicitation d'images pornographiques auprès d'un mineur. Actuellement, la corruption de mineur est définie par le législateur comme « le fait de favoriser ou de tenter de favoriser la corruption d'un mineur »<sup>1433</sup>. Puisque selon le Code pénal corrompre signifie corrompre, la jurisprudence a évidemment dû apporter sa pierre à l'édifice en ajoutant un dol spécial, celui de la perversion de la jeunesse. L'infraction n'est donc pas constituée si les agissements<sup>1434</sup> ont été animés dans un objectif de satisfaction personnelle. Or, ce dol spécial réduit le champ d'application de la corruption de mineur, à tel point que le législateur a pénalisé

---

<sup>1430</sup> « Le délit de violences peut être constitué, en dehors de tout contact matériel avec le corps de la victime, par tout acte ou comportement de nature à causer sur la personne de celle-ci une atteinte à son intégrité physique ou psychique caractérisée par un choc émotif ou une perturbation psychologique » (Cass. crim. 2 septembre 2005, n° 04-87.046, *Bull. crim.* n° 212 ; *D.* 2005, pan. 2986, obs. GARÉ ; *RSC* 2006, 69, obs. MAYAUD) ; « Le délit de violences est constitué, même sans atteinte physique de la victime, par tout acte de nature à impressionner vivement celle-ci et à lui causer un choc émotif » (Cass. crim. 18 mars 2008, n° 07-86.075 ; *AJ pénal* 2008, 283 ; *Droit pénal* 2008, Comm. 84, obs. VERON ; *RSC* 2008, 587, obs. MAYAUD).

<sup>1431</sup> Sur la proximité entre ces infractions voir notamment la note d'E. DREYER, « Corruption de mineur : instrument de police des comportements dans la sphère familiale ? » (Cass. crim. 7 mars 2018, n° 17-81.729, *RSC* 2018, p. 719 s.).

<sup>1432</sup> Les articles 227-22-2 et 227-23-1 du Code pénal sont issus de la loi du 21 avril 2021 (Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021).

<sup>1433</sup> Article 227-22 du Code pénal.

<sup>1434</sup> Inciter des mineurs à se livrer entre eux à des gestes obscènes ou des simulations de rapports sexuels (Cass. crim. 17 octobre 1957, *Bull. crim.* n° 648), envoyer des correspondances érotiques et des dessins pornographiques à un mineur (Cass. crim. 25 janvier 1983, *Bull. crim.* n° 29 ; *RSC* 1983, p. 668, obs. LEVASSEUR), montrer des photographies pornographiques (Cass. crim. 19 juin 1996, *Bull. crim.* n° 265).

distinctement la proposition sexuelle adressée à un mineur de quinze ans<sup>1435</sup>, l'incitation sexuelle de mineurs<sup>1436</sup> et la sollicitation d'images pornographiques auprès d'un mineur<sup>1437</sup>.

Sans étonnement, ces infractions se superposent, leur sens s'opacifie. Impossible de savoir si les critères du principe de nécessité sont remplis, car il n'est pas permis de connaître l'étendue du champ infractionnel à la simple lecture de l'article 227-22 du Code pénal. Si la jurisprudence n'ajoutait des conditions à la corruption de mineurs, une stricte application du principe de légalité permettrait d'interroger le principe de nécessité et potentiellement de consacrer une seule et nouvelle infraction, claire et précise. Dans ce cas, les articles 227-22-1, 227-22-2 et 227-23-1 du Code pénal seraient supprimés au profit d'une fusion avec l'article 227-22 du Code pénal ainsi rédigé :

*« Le fait de provoquer ou de tenter de provoquer entre un mineur déterminé et la sexualité une confrontation manifestement inappropriée, en raison de son âge ou de la nature de l'acte et ce par quelque moyen que ce soit, est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende. Constitue également une corruption de mineur, le fait pour un majeur d'adresser ou de tenter d'adresser des propositions sexuelles à un mineur de treize ans<sup>1438</sup> ou de solliciter la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique dudit mineur.*

*Ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux.*

---

<sup>1435</sup> Article 227-22-1 du Code pénal. La jurisprudence de la Cour de cassation ne permettait pas d'incriminer les comportements tendant à séduire ou satisfaire ses propres passions (Cass. crim. 14 novembre 1990, n° 90-80152). À ce titre, les propositions sexuelles n'étaient que très rarement poursuivies avant la loi du 5 mars 2007 (Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JO du 7 mars 2007).

<sup>1436</sup> Article 227-22-2 du Code pénal.

<sup>1437</sup> Article 227-23-1 du Code pénal.

<sup>1438</sup> L'utilisation d'un moyen de communication électronique n'apparaît pas nécessaire. La proposition sexuelle doit être punissable indépendamment de son moyen d'expression. Par ailleurs, il conviendrait de réduire l'âge à treize ans pour davantage de cohérence, voir *infra* n° 410 s.

*Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée*<sup>1439</sup> ».

Partant, cette infraction permettrait de déterminer avec davantage de précision les comportements réprimés, tout en limitant la prolifération dangereuse des textes convergeant vers un même objectif. Certes, le caractère « manifestement inapproprié » laisse une part d'arbitraire dont il apparaît délicat de s'extraire. Toutefois, les indications relatives à l'âge et au contenu permettent de diriger les magistrats vers l'esprit de la loi. L'influence des mœurs est impossible à éviter concernant les magistrats, elle est intrinsèque. Toutefois, les différents recours permettent d'espérer une certaine évidence au sein des décisions. Plus proche de la légalité, cette nouvelle rédaction permettrait de fluidifier la compréhension de l'article. En effet, la corruption de mineur serait dévoilée dans ses composantes objectives. Ce que souhaite réprimer le législateur est avant tout la confrontation inappropriée entre le mineur et sexualité. Le principe de nécessité serait donc respecté. Les créations issues de la loi du 21 avril 2021<sup>1440</sup> seraient absorbées par l'article 227-22 nouvellement rédigé, au même titre que les propositions sexuelles sur mineur de quinze ans.

Enfin, contrairement à ce que F. CHOPIN préconisait<sup>1441</sup>, il ne semble pas opportun d'ajouter un alinéa selon lequel « l'article 227-22-1 du Code pénal reste constitué même s'il est commis à l'encontre d'un officier ou d'un agent de police judiciaire s'étant faussement présenté comme un mineur de quinze ans dans le but de constater ladite infraction, conformément aux dispositions de l'article 706-47-3 du Code de procédure pénale »<sup>1442</sup>. En effet, le simple fait de punir la tentative devrait permettre de résoudre cette difficulté.

**374. La pédopornographie, le mineur représenté et l'atteinte à la société.** L'article 227-23 du Code pénal réprime « le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation

---

<sup>1439</sup> Depuis 2013, le texte dispose que : « Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 1 000 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée **ou à l'encontre d'un mineur de quinze ans** ». Toutefois, cette aggravation n'a pas lieu d'être en raison de la nature de l'infraction qui nécessite une appréciation casuistique de l'âge du mineur. Depuis la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021 : « Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée ».

<sup>1440</sup> Articles 227-22-2 et 227-23-1 du Code pénal issus de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021, préc. cit.

<sup>1441</sup> Voir *supra* n° 181.

<sup>1442</sup> F. CHOPIN, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Cybercriminalité, juin 2021.

présente un caractère pornographique ». La consultation habituelle ou en échange d'une rémunération est également réprimée. Précédemment, la pédopornographie réelle et la pédopornographie relative au mineur représenté furent distinguées<sup>1443</sup>. Si la première partie de l'infraction ne pose pas de difficulté quant à sa nécessité car il existe une victime matérielle, la représentation du mineur interroge. Il s'agit donc d'examiner cette pénalisation au regard du principe de nécessité et de ses critères. La première étape consiste à se demander s'il existe un vide répressif entendu au sens strict. À cette question, la réponse semble affirmative. Aucune infraction, en dehors de l'article 227-23 du Code pénal, ne permet de punir le fait de visionner des œuvres pédopornographiques au sein desquelles un mineur est représenté. Aussi faut-il se demander si ces agissements portent atteinte à la société dans son ensemble et de façon suffisamment évidente pour justifier une pénalisation. À cette étape, les arguments manquent. Peut-on affirmer que les penchants sexuels d'un individu engagent la société tout entière ? La sexualité de l'individu isolé doit-elle être abordée comme la vitrine de la société ? Lourde tâche pour celui qui l'accepte. De plus, rappelons qu'il ne s'agit que d'un mineur représenté et qu'aucune étude criminologique n'a permis de mettre en évidence un lien de corrélation entre ces visionnages et un passage à l'acte sur un mineur réel<sup>1444</sup>. Un parallèle très simple avec la violence peut d'ailleurs être établi. Le fait de regarder un film violent ne conduit pas nécessairement à un passage à l'acte. Le doute ne saurait être érigé en tant que fondement répressif lorsque la liberté d'un individu est en jeu. Qu'un tel comportement heurte la morale partagée, cela ne fait aucun doute. Toutefois, il ne semble pas que cela porte atteinte à la société au point de mériter l'utilisation de l'arme pénale. L'ordre public, extérieur et matériel, ne souffre pas de ce comportement sexuel individuel. L'application du principe de nécessité devrait donc conduire à la dépénalisation de ce comportement. Pour ce faire, il suffirait de supprimer le terme de « représentation » au sein de l'article 227-23 du Code pénal :

*« Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque l'image concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image.*

---

<sup>1443</sup> Voir *supra* n° 180.

<sup>1444</sup> *Ibidem*.

*Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines.*

*Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.*

*Le fait de consulter habituellement ou en contrepartie d'un paiement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ou représentation, d'acquérir ou de détenir une telle image ou représentation par quelque moyen que ce soit est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.*

*Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée.*

*La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.*

*Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ».*

En revanche, si la question du vide répressif ne se pose pas concernant la représentation des mineurs dans les œuvres pédopornographiques, d'autres infractions permettent de l'évoquer.

**375. Les messages dangereux accessibles aux mineurs, une nécessité relative.** Le Code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende les messages accessibles aux mineurs « à caractère violent, incitant au terrorisme, ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger »<sup>1445</sup>. Le principe de nécessité renouvelé dans sa définition impose de se questionner sur l'existence d'un vide juridique. À ce titre, cette infraction se trouve à la jonction de certaines autres, sans pour autant se confondre avec elles. Dès lors, il apparaît essentiel de décomposer l'infraction. Au sujet des messages à caractère violents, l'article 222-33-3 du Code pénal punit le fait de diffuser l'enregistrement d'images représentant la commission d'infractions réprimées au titre d'atteinte à l'intégrité physique<sup>1446</sup>. Par ailleurs, la

---

<sup>1445</sup> Article 227-24 du Code pénal.

<sup>1446</sup> Selon l'article 222-33-3 du Code pénal : « Est constitutif d'un acte de complicité des atteintes volontaires à l'intégrité de la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 et 222-33 et est puni des peines prévues par ces articles le fait d'enregistrer sciemment, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit, des images relatives à la commission de ces infractions.



pénalisation des messages incitant au terrorisme prévue à l'article 421-2-5 du Code pénal dispose que « le fait de provoquer directement à des actes de terrorisme ou de faire publiquement l'apologie de ces actes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende ». Ces deux infractions semblent recouvrir un champ d'application semblable à l'article 227-24 du Code pénal. *A priori*, les concernant, l'existence d'un vide répressif disparaît d'autant plus que la peine prévue à l'article 421-2-5 du Code pénal est plus élevée que celle de l'article 227-24 du même code. Néanmoins, concernant les messages violents, le support de diffusion apparaît plus large au sein de l'article 227-24 puisque le Code pénal précise que l'infraction est punissable « quel qu'en soit le support ». À l'inverse, l'article 222-33-3 du Code pénal punit la diffusion d'une image. Partant, seule l'incrimination du message incitant au terrorisme ne résiste pas au filtre du vide répressif. Celle relative aux messages violents subsiste.

D'autre part, le fait « soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message » contraire à la dignité, pornographique ou incitant un mineur à se mettre en danger ne semble pas recouvert par une autre infraction. En effet, la pénalisation des messages contraires à la décence<sup>1447</sup> concerne un public plus vaste puisqu'elle ne se limite pas aux mineurs, mais se restreint à son expression au sein de l'espace public. De même, la corruption de mineur<sup>1448</sup> dans son appréhension actuelle comporte un dol spécial qui en limite le domaine d'application<sup>1449</sup>. De plus, le simple fait de laisser un message pornographique accessible à un mineur ne permet pas de constituer une corruption de mineur. La négligence ne suffit pas à caractériser cette infraction qui induit la volonté de susciter la confrontation d'un mineur déterminé à la sexualité. Les deux incriminations relèvent d'une logique différente et ne sauraient être fusionnées. La corruption doit être faite de façon intentionnelle, à un mineur déterminé. L'article 227-24 du Code pénal répond ainsi à des objectifs subsidiaires et s'inscrit en creux d'autres infractions afin de compléter la liste des comportements répréhensibles.

Dès lors, la seconde étape du raisonnement s'impose. Ces messages susceptibles d'être vus par un mineur portent-ils suffisamment atteinte à la société pour être pénalisés ? À ce titre, le doute

---

Le fait de diffuser l'enregistrement de telles images est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende.

Le présent article n'est pas applicable lorsque l'enregistrement ou la diffusion résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public ou est réalisé afin de servir de preuve en justice ».

<sup>1447</sup> Article D. 624-2 du Code pénal.

<sup>1448</sup> Article 227-22 du Code pénal.

<sup>1449</sup> Voir *supra* n° 305.

est permis. Peut-on réellement soutenir que des messages violents ou pornographiques ont des effets psychologiques traumatisants sur tous les mineurs sans distinguer en fonction de leur âge ? À ce sujet, les expertises expérimentales ne sont que très peu probantes, notamment en raison de leurs limites légales<sup>1450</sup>. Si la présence de certains retentissements émotionnels tels que l'excitation, le dégoût, l'amusement ou l'ennui, sont palpables<sup>1451</sup>, les effets psychiques traumatisants ne sont pas clairement établis. Cependant, est-ce que la seule présence d'effets émotionnels peut suffire à justifier cette infraction ? La protection de la jeunesse a-t-elle du sens en ne distinguant aucune sous-catégorie de mineurs ? La stricte application du principe de nécessité pourrait laisser supposer la disparition de l'infraction. L'absence de victime et les potentielles atteintes à nos libertés fondamentales impliquent le retrait du droit pénal<sup>1452</sup>. Précisons que si une victime venait à apparaître, le comportement pourrait être réprimé au titre des violences involontaires<sup>1453</sup> ou de la corruption de mineur nouvellement définie<sup>1454</sup>, en fonction de l'intention de l'auteur et du caractère sexuel des messages. Pour autant, l'absence d'étude sur les effets concrets que peuvent avoir ce genre d'images sur les mineurs incite à interroger l'ultime condition du principe de nécessité. Cette infraction mérite d'être examinée à la lumière de la subsidiarité.

Cette infraction agit ici en précaution, avant l'existence d'une victime réelle. À ce titre, l'usage du droit administratif appert plus naturel, notamment à travers l'existence des pictogrammes « -10 », « -12 », « -16 » et « -18 ». Cette réalité est d'ailleurs évidente à la lecture de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales puisque le législateur met en exergue l'intérêt qu'il peut y avoir à bloquer un service. Selon l'article 23 de cette loi lorsqu'« une personne dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne permet à des mineurs d'avoir accès à un contenu pornographique en violation de l'article 227-24 du code pénal, le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel adresse à cette personne, [...], une mise en demeure lui enjoignant de prendre toute mesure de nature à empêcher l'accès des mineurs au contenu incriminé ». La personne concernée dispose alors d'un délai de quinze jours pour présenter ses observations. Si l'injonction n'est pas respectée, « le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut saisir le président du tribunal judiciaire de Paris aux fins d'ordonner, selon la procédure accélérée au fond, que les personnes mentionnées

---

<sup>1450</sup> Il n'est pas permis de montrer de telles images à des mineurs uniquement pour satisfaire la recherche sociologique.

<sup>1451</sup> R. OGIEN, *Penser la pornographie*, PUF, 2003, 2<sup>ème</sup> édition, p. 136 et s.

<sup>1452</sup> Voir *supra* n° 288 s.

<sup>1453</sup> Articles R. 622-1 et 222-7 à 222-16-7 du Code pénal en fonction de l'ITT retenue.

<sup>1454</sup> Voir *supra* n° 373. Article 227-22 du Code pénal.

au 1 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique mettent fin à l'accès à ce service. Le procureur de la République est avisé de la décision du président du tribunal ». Par ailleurs, « le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel peut également demander au président du tribunal judiciaire de Paris d'ordonner, selon la procédure accélérée au fond, toute mesure destinée à faire cesser le référencement du service de communication en ligne par un moteur de recherche ou un annuaire ». Cette initiative tendant à réguler la diffusion de telles images apparaît pertinente. En effet, il s'agit du moyen le plus efficace pour éviter l'accès du mineur aux messages dangereux. Cette possibilité confirme l'inadéquation de l'article 227-24 du Code pénal. Outre les doutes entourant l'aspect suffisamment antisocial du comportement tendant à ne pas prendre de précaution suffisante, la subsidiarité de la matière pénale permet définitivement d'écarter l'infraction.

**376. L'outrage sexiste et le vide répressif.** Concernant l'outrage sexiste, la rédaction même de l'article éclaire quant à son lien avec le principe de nécessité. Selon le Code pénal, « constitue un outrage sexiste le fait, hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2, d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante »<sup>1455</sup>. En excluant quatre articles relatifs aux violences physiques ou psychiques, à l'exhibition sexuelle, au harcèlement moral et sexuel, pour faire de l'espace à cette nouvelle infraction, il apparaît très clairement que celle-ci éprouve des difficultés à trouver sa place. De plus, ces mentions ne sont pas exhaustives car il aurait été opportun d'évoquer parmi les infractions limitrophes, l'injure privée ou publique commise envers une personne ou un groupe de personnes en raison de leur sexe. À ce titre, il aurait été tout aussi efficace, quoi que moins visible<sup>1456</sup>, de prendre une circulaire invitant les procureurs à donner une réponse pénale à ces agissements sur le fondement des injures.

La question qui se pose alors consiste à savoir si de tels comportements auraient été punis sous le prisme d'une infraction antérieure à la pénalisation de l'outrage sexiste<sup>1457</sup>. De fait, il apparaît judicieux de revenir sur les comportements visés par cette infraction. Puisque le Code reste discret sur leur consistance, il est opportun de se référer aux comportements évoqués par la Commission réunie par la secrétaire d'État en vue d'interroger la « verbalisation du harcèlement

---

<sup>1455</sup> Article 621-1 du Code pénal.

<sup>1456</sup> Sur l'usage de la loi pénale en tant qu'instrument d'affichage, voir *supra* n° 258 s.

<sup>1457</sup> M.-L. RASSAT, *J-Cl pénal Code*, art. 621-1, fascicule 20 : Outrage sexiste, avril 2019.

de rue ». Parmi les « angles morts » de la répression, la Commission évoquait le fait d'« interpellé verbalement ou non », les « comportements verbaux ou non se traduisant par des regards insistants, lubriques, des sifflements », « par des regards, des mots et des gestes, l'homme affirme son droit à forcer l'attention de la femme, la définissant comme un objet sexuel et lui imposant d'interagir avec lui... », « une présence envahissante, obstruction du passage, suivre une personne... », un « baiser forcé, pelotage, frottage, caresse non désirée », le fait d'« envoyer des messages intimidants insistants, irrespectueux, humiliants, menaçants, insultants en raison de leur sexe, de leur genre ou de leur orientation sexuelle », de même, les « commentaires évaluatifs sur la tenue vestimentaire, l'attitude ou le physique »<sup>1458</sup>... À la lecture de ces exemples, force est de constater que ces comportements entraînent déjà dans le cadre de diverses incriminations préexistantes. Les baisers forcés, pelotages et caresses ou encore le phénomène des « frotteurs » constituent des agressions sexuelles. Les obstructions de passage ou les présences envahissantes entrent parfaitement dans le cadre de violences<sup>1459</sup>. Les propos désobligeants sur la tenue ou le physique peuvent constituer des injures. Certains cas permettraient également d'user de l'article R. 624-2 du Code pénal relatif aux messages contraires à la décence. Enfin, dès la répétition du comportement l'outrage sexiste se transforme en harcèlement sexuel<sup>1460</sup>. Ainsi, les sifflements, les gestes suggestifs, les propos dégradants sur les tenues vestimentaires ou l'apparence de la victime pourront conduire à des poursuites pour harcèlement dès leur répétition<sup>1461</sup>.

L'outrage sexiste se retrouve très rapidement confronté à son absence de nécessité. Les paroles ou les comportements dégradants ou humiliants n'ont pas attendu l'article 621-1 du Code pénal pour être punis. Du harcèlement sexuel<sup>1462</sup>, aux violences légères<sup>1463</sup> en passant par l'injure<sup>1464</sup>, la nécessité de l'outrage sexiste s'évapore. En effet, la jurisprudence antérieure révèle que les

---

<sup>1458</sup> Rapport du 28 février 2018, groupe de travail « verbalisation du harcèlement de rue ». Disponible sur : <http://www.egalite-femmes-hommes.gouv.fr/rapport-du-groupe-de-travail-verbalisation-du-harcelement-de-rue>, (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1459</sup> La jurisprudence adopte une conception large des violences en affirmant que « le délit de violences est constitué, même sans atteinte physique de la victime, par tout acte de nature à impressionner vivement celle-ci et à lui causer un choc émotif » (Cass. crim. 18 mars 2008, n° 07-86.075 ; *Bull. crim.* 2008, n° 65).

<sup>1460</sup> « Le caractère répété des agissements constatés devra impérativement conduire à poursuivre les faits sous la qualification de harcèlement » (Circ. CRIM 2018-14 du 3 sept. 2018, BOMJ n° 2018-09 du 28 septembre 2018).

<sup>1461</sup> Sont constitutifs d'un harcèlement sexuel les agissements accompagnés « d'allusions, de propos ou de comportements à connotation sexuelle répétés. Vous indiquez ainsi à Madame Catherine A... notamment : " je me ferai bien une grosse ! " ; " Je me ferai bien une vieille ! " » (CA Agen, 5 mai 2019, n° 14/00762).

<sup>1462</sup> Article 222-33 du Code pénal.

<sup>1463</sup> Article R. 624-1 du Code pénal.

<sup>1464</sup> Qu'elle soit publique (article 29 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse) ou privée et commise « envers une personne ou un groupe de personne à raison de leur sexe » (article R. 625-8-1 du Code pénal). Sur la question voir notamment N. DROUIN, « Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynes) à l'épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 », *RSC* 2017, p. 481 s.

faits pouvant relever de l'outrage sexiste étaient déjà punis avant l'entrée en vigueur de l'article 621-1 du Code pénal. Sans être totalement inutile, cette incrimination n'en était pas pour autant nécessaire. La nécessité ne se satisfait pas d'une quelconque utilité, aisée à prouver, mais dépend d'autres conditions qui se doivent d'être juridiques et objectives<sup>1465</sup>. Il conviendrait donc de supprimer cette infraction.

De toute évidence, la pénalisation de certains de ces comportements ne répond pas aux exigences du principe de nécessité. Celui-ci semble même oublié derrière l'usage symbolique du droit pénal. Ayant perdu sa fonction répressive, la matière pénale se contente d'exprimer pour être nécessaire. Il réside dans la pénalisation de ces agissements différentes volontés qui s'entremêlent et notamment une volonté d'affichage politique, faisant primer la valeur symbolique sur la fonction répressive. Or, pour une parfaite application du principe de nécessité, il est inévitable de rejeter cette valorisation absolue de la fonction expressive<sup>1466</sup>, pour n'en faire que la conséquence de la pénalisation et non sa raison d'être. À ce titre, l'application du principe de nécessité doit tendre à faire échec au symbolisme pour seul fondement et à cet égard, l'inceste semble être le parfait exemple.

## **B. Une application singulière**

**377. Le rejet de la nécessité réduite à l'expression.** Contrairement à l'usage qui en est fait, la nécessité ne saurait être conditionnée au pouvoir symbolique du droit pénal, dont les effets sont limités et les conséquences potentiellement dangereuses<sup>1467</sup>. À l'heure actuelle, la pénalisation de certains comportements apparaît comme un moyen efficace de signaler leur réprobation sociale, comme si cela suffisait. L'imaginaire collectif estime que l'absence de sanction pénale confirme une forme d'indifférence, voire même de valorisation de l'agissement. Le droit pénal renoue avec ses démons et redevient le baromètre de la moralité sexuelle. Or, les critères intrinsèques à une application concrète et matérielle du principe de nécessité ne peuvent uniquement se satisfaire de la fonction expressive du droit pénal sans risquer de se méprendre sur ce principe.

---

<sup>1465</sup> Voir *supra* n° 351 s.

<sup>1466</sup> Sur l'exploitation de différentes fonctions de la loi, voir *supra* n° 223 s.

<sup>1467</sup> Voir *supra* n° 281 s.

**378. Le rejet de la nécessité de l'inceste**<sup>1468</sup>. La pénalisation de l'inceste manifeste parfaitement ce fonctionnement du droit pénal, réduit à son application expressive. En effet, les articles 222-22-3 et 227-27-2-1 du Code pénal ne trouvent leur sens que dans la valeur symbolique de l'inscription. Puisque ces mêmes comportements étaient déjà réprimés antérieurement et que la peine encourue était similaire, le législateur a manifestement vidé de sa substance le principe de nécessité<sup>1469</sup>. Par ailleurs, l'infraction s'est autonomisée lorsqu'il s'agit d'un mineur. Il n'est plus nécessaire de faire état d'une violence, menace, contrainte ni surprise dès que l'auteur un majeur<sup>1470</sup>. Cependant cet élément matériel n'était pas non plus nécessaire sous le prisme de l'atteinte sexuelle.

Ce faisant, le droit pénal s'engouffre dans le piège de vouloir tout dire. La purification par la pénalisation conduit à ajouter des incriminations aux incriminations, du seul fait de leur vocation cathartique. Or, était-il nécessaire d'ajouter à l'aspect infamant inhérent aux infractions sexuelles, l'abomination du terme « inceste »<sup>1471</sup> ? Fallait-il signaler, une nouvelle fois, l'horreur de ces actes, la monstruosité de leur auteur ? Le viol et l'agression sexuelle aggravées ne suffisaient-ils pas ? Le droit civil permet d'ores et déjà de signaler cet interdit social par la prohibition des mariages incestueux<sup>1472</sup>. Était-il essentiel de le rappeler en droit pénal ? Cela ne peut perdurer sans porter atteinte au principe de nécessité. Il est donc nécessaire de s'émanciper de cette croyance biaisée afin d'appliquer convenablement ce principe.

Aussi, il convient d'examiner l'infraction d'inceste à travers les critères de nécessité précédemment édictés. Tout d'abord, il s'agit de se demander s'il existe un véritable vide répressif. Celle-ci ne doit pas se résumer à une absence de pénalisation particulière du comportement, mais seulement à l'absence de possibilité de punir un tel agissement au regard des incriminations en présence. En effet, avant l'entrée de l'inceste dans le Code pénal, le viol et l'agression sexuelle étaient déjà aggravés lorsqu'ils étaient commis par « un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait »<sup>1473</sup>. De même, en absence de violence, menace, contrainte ou surprise, ces comportements étaient déjà réprimés

---

<sup>1468</sup> Concernant la doctrine relative à l'inceste, voir *supra* n° 239 s.

<sup>1469</sup> A. LEPAGE, « Le retour de la qualification d'incestueux dans le code pénal : une cote toujours mal taillée », *Droit pénal* 2016, étude 11 ; P. MISTRETTA, « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273 s. ; J.-B. PERRIER, « Le retour de l'inceste dans le code pénal », *RSC* 2016, p. 381 s. ; voir notamment *supra* n° 239 s.

<sup>1470</sup> Articles 222-23-2 et 222-29-3 du Code pénal.

<sup>1471</sup> Sur l'usage de la fonction expressive de la loi pénale à travers l'exemple édifiant de l'inceste, voir *supra* n° 239 s.

<sup>1472</sup> Article 161 du Code civil.

<sup>1473</sup> Article 222-24, 4° du Code pénal (viol) et article 222-28, 2° du Code pénal (agression sexuelle).

par l'atteinte sexuelle<sup>1474</sup> et désormais, par la nouvelle définition du viol et de l'agression sexuelle lorsque le mineur a moins de quinze ans et qu'au moins cinq années l'écartent de l'auteur majeur<sup>1475</sup>. En l'espèce, il est évident que l'inceste ne franchit pas la première étape du raisonnement. Son inscription devrait se briser contre les parois de la Constitution<sup>1476</sup>. Certes, cette infraction punit une atrocité. Toutefois, la subjectivisation du viol est infinie, chaque histoire personnelle pourrait nécessiter une reconnaissance particulière. Devons-nous nommer le viol par un conjoint différemment du viol sur un enfant ? Lorsque le Code pénal nomme chaque particularisme, il risque par là même de hiérarchiser les situations. Le législateur n'est pas compétent pour individualiser l'infraction en la déclinant pour chaque contexte. C'est au juge de poser les mots justes pour que l'auteur comme la victime, aient conscience de la portée de tels actes<sup>1477</sup>. À travers l'exemple de l'inceste, le symbole, celui qui se contente d'exprimer un interdit d'ores et déjà réprimé, ne suffit pas à contenter le principe de nécessité.

**379. Conclusion de la Section 1.** La valorisation du principe de nécessité permet de faire un premier retour sur le sens originel du droit pénal. Détaché de sa fonction expressive et symbolique, ce principe doit faire l'objet d'un examen concret en vue d'une application rigoureuse. Or, il n'apparaît guère envisageable de laisser à la subjectivité personnelle l'appréciation d'une infraction sans risquer de laisser le droit pénal s'engouffrer dans la pénalisation infinie des mœurs. Il était primordial d'ériger des critères tangibles et rationnels permettant d'apprécier le principe de nécessité. Pour ce faire, l'existence d'un vide juridique a dû être repensée avant d'y ajouter l'atteinte à l'intérêt général et l'importance du caractère antisocial du comportement. Une fois ces éléments constatés, la subsidiarité du droit pénal doit permettre de n'en user qu'en dernier recours. Ainsi, définir le contenu du principe de nécessité permet de circonscrire le champ d'application de la matière pénale, en offrant aux différentes sources de contrôle des clefs objectives d'examen. Disséquer le principe de nécessité a permis de le rendre digeste et d'envisager ses retombées concrètes sur les infractions sexuelles afin de lui redonner tout son sens.

---

<sup>1474</sup> Article 227-27-2-1 du Code pénal.

<sup>1475</sup> Articles 222-23-1 et 222-29-2 du Code pénal.

<sup>1476</sup> La Cour de cassation a refusé de transmettre une QPC relative à l'inscription de l'inceste dans le Code pénal (Cass. crim. 20 juin 2018, n°17-86.423). Néanmoins, cette demande était formulée au nom du principe de légalité et de la non rétroactivité des lois pénales de fond. Le principe de nécessité n'était pas évoqué.

<sup>1477</sup> Sur une meilleure prise en charge des auteurs et victimes d'infractions sexuelles, voir *infra* n° 502.

## Section 2 – L’exploitation du consentement permissif

**380. La valorisation d’un mécanisme propre aux infractions sexuelles.** Si le principe de nécessité permet de limiter l’immixtion des mœurs au sein du Code pénal, il ne saurait suffire. Ce principe doit être complété par d’autres instruments juridiques propres à la sphère sexuelle. Alors que le principe de nécessité recouvre l’ensemble des infractions pénales, les infractions sexuelles induisent la valorisation de possibilités spécifiques, adaptées à leur nature.

**381. Le sempiternel consentement.** Évoquer l’appréhension de la sexualité en droit pénal suppose de revenir sur l’éternelle question du consentement. Bien que celui-ci soit discret au sein du Code pénal, son aura le traverse. S’il n’est pas permis de concevoir le consentement en tant que fait justificatif autonome<sup>1478</sup> puisque le principe demeure celui de l’indifférence au consentement<sup>1479</sup>, impossible d’ignorer les multiples entorses qui lui sont faites. L’obscur régime du consentement ne laisse pas indifférent. Peut-on consentir à toutes les relations sexuelles ? Existe-t-il des valeurs qui doivent primer sur l’autonomie personnelle ? Comment apprécier la consistance d’un consentement que l’opinion publique a du mal à admettre ? En la matière, le droit pénal se présente comme le lieu de tous les combats. La liberté sexuelle est confrontée à de multiples forces contraires et peine à s’imposer.

**382. Une perception à modifier.** Concernant la notion de valeur sociale protégée apparaît parfois anedoctique, difficile à cerner, délicate à exploiter. Dans la majeure partie du temps, les valeurs sont secondaires. Aussi, lorsqu’il existe une victime, l’intervention du droit pénal est si évidente que la question de la valeur sociale apparaît subsidiaire. Toutefois, il est de cas où l’exploitation des valeurs sociales protégées va être magnifiée, notamment lorsqu’il s’agit d’imposer le statut de victime à un des protagonistes. Dans ce cas, le fait d’agir au nom d’un bien juridique supérieur permet de légitimer l’intervention du législateur. La conception contemporaine du consentement, fondée sur une prétendue disponibilité ou indisponibilité des

---

<sup>1478</sup> Certains auteurs conçoivent tout de même la conception du consentement en tant que fait justificatif autonome, voir notamment F. ABDU, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971, p. 69 ; N. KABBAJ, *Le consentement de la victime*, Thèse, Montpellier, 1981, p. 102. Pour une présentation plus détaillée de ces différentes théories voir X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002, p. 211 s.

<sup>1479</sup> Voir cependant F. ARCHER, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L’Harmattan, 2003 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op.cit.* ; F. ALT-MAES, « L’apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991, p. 244 s. ; X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d’un fait justificatif ? », *Droits*, 2009, n° 49, p. 83 s. ; Ph. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699 s.



valeurs sociales protégées, conduit à son inefficacité. Actuellement, pour des cas déterminés tels que les infractions sexuelles sans victime, la localisation des infractions au sein du Code pénal détermine la place du consentement. Or, l'artificielle distinction entre les valeurs sociales disponibles et indisponibles tend à assoir l'influence de la morale sur le droit. La protection de la dignité ou de la minorité tient à distance le consentement et ses effets, en vue d'imposer une supposée *bonne* sexualité.

En modifiant le paradigme sous lequel le consentement est appréhendé pour lui permettre de satisfaire au mieux son rôle de garde-fou contre l'immixtion de la morale (§ 1), il sera possible d'aborder les effets concrets et bénéfiques d'un tel bouleversement (§ 2).

### **§ 1 – La détermination du consentement permissif**

**383. Un usage parcimonieux.** Lorsque la sécurité empiète sur la liberté, il est d'usage, en droit pénal, de faire valoir l'intérêt du consentement. Toutefois, face à cette démarche, le pénaliste rappelle que la matière tend à protéger la société avant l'individu particulier. Puisque le droit pénal préserve l'ordre public, il n'est pas possible d'étendre à outrance les effets du consentement permissif sans risquer de déformer le sens de la matière. Les incriminations sont orientées vers la protection de l'ordre social et collectif et échappent, par là même, aux permissions d'ordre privé. Il est donc nécessaire d'utiliser le consentement avec précaution.

**384. Un consentement bicéphale.** Actuellement, le sort du consentement est intimement lié aux valeurs sociales protégées et à leur disponibilité ou indisponibilité. Bien que, dans les deux cas, il soit envisageable de neutraliser une incrimination par le consentement, sa forme évolue en fonction des biens juridiques protégés. Si le consentement est inclus dans les éléments constitutifs des infractions relevant des valeurs sociales protégées disponibles<sup>1480</sup>, il ne sera en revanche pas possible de consentir à une infraction indisponible sans l'existence d'une loi permissive<sup>1481</sup>. De la localisation de l'infraction dans le Code pénal, ou tout du moins de la valeur sociale priorisée, dépendra la reconnaissance du consentement.

---

<sup>1480</sup> Sur le consentement exclusif, voir *infra* n° 380 s., et notamment X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 76 s.

<sup>1481</sup> Voir *supra* n° 389 s.

Toutefois, cette dichotomie repose sur un choix politique arbitraire, permettant notamment de masquer l'influence de la morale sur le droit. Remettre en question cette distinction entre les valeurs sociales protégées de laquelle dépend la place du consentement (A), permettra de revenir à une conception legaliste de l'infraction capable de garantir une limite objective à l'influence des mœurs sur le droit pénal (B).

### A. Une conception dépassée

**385. Des valeurs sociales protégées à relativiser.** La distinction classique entre les valeurs sociales disponibles et indisponibles est habilement utilisée pour masquer l'influence contemporaine des mœurs sur le droit pénal. En plaçant une partie des infractions sexuelles au sein de valeurs sociales indisponibles, le législateur place également une part de la sexualité hors d'atteinte. La valeur sociale protégée permet de justifier l'impuissance des consentements formulés. Or l'évolution de la société remet en cause des valeurs que l'on pensait pourtant immuables en accordant progressivement de plus en plus de place au consentement ou, au contraire, en restreignant la place qui lui semblait prédestinée. Quoi qu'il en soit, cette *summa divisio* des valeurs sociales protégées apparaît surannée et ne permet plus de justifier l'indisponibilité de certains comportements sexuels (1). Par effet de contagion, la remise en question de cette distinction conduit nécessairement à relativiser l'intérêt d'un double consentement permissif, à la fois exclusif et justificatif, ce qui n'est pas sans conséquence sur l'appréhension des infractions sexuelles fondées sur les mœurs (2).

#### 1. La distinction surannée des valeurs sociales protégées

**386. Une distinction classique.** Si l'importance des biens juridiques peine à s'imposer en droit français<sup>1482</sup>, ces derniers apparaissent essentiels pour cerner la nature du consentement propre à certaines infractions. Les valeurs sociales protégées sont habituellement réparties en deux catégories, disponibles et indisponibles<sup>1483</sup>. Au regard de cette *summa divisio*, les valeurs sociales disponibles sont celles dont on peut disposer, les comportements auxquels on peut consentir. À l'inverse, les valeurs sociales indisponibles ne sont pas soumises à la volonté de

---

<sup>1482</sup> Pour la notion de valeur juridique est fondamentale en Suisse, en Italie, en Espagne, en Grèce ou en Allemagne. Voir notamment J. WALTHER, « L'illicéité et les valeurs sociales protégées » in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 17 s.

<sup>1483</sup> Voir *supra* n° 195 s.

l'individu. Ce dernier ne saurait s'opposer à la constitution de l'infraction par son seul consentement. Ainsi, la vie ou la dignité sont usuellement considérées comme des biens juridiques indisponibles alors que la propriété et la vie privée relèvent des valeurs sociales disponibles. On ne peut consentir à être tué, alors que l'on peut accepter d'être filmé.

**387. Une distinction artificielle.** Il est néanmoins permis d'interroger la nature même de cette distinction. Tout d'abord, il est essentiel de rappeler que cette répartition n'est en aucun cas naturelle. Bien que certaines valeurs sociales soient obligatoirement indisponibles au regard de ce qu'elles protègent, ces dernières demeurent résiduelles. En effet, un individu ne pourra consentir à une infraction contre l'État, telle que la falsification du sceau de l'État<sup>1484</sup> ou la contrefaçon des pièces de monnaie<sup>1485</sup>, pour la simple raison qu'il n'est pas concerné par l'infraction. Il n'est pas visé par le comportement. Il s'agit d'une *indisponibilité naturelle*. En revanche, la vie, de même que la dignité ou la protection de la minorité, ne sont pas, par essence, indisponibles. Il est tout à fait possible de concevoir qu'un individu accepte que l'on porte atteinte à sa dignité ou sa vie. Il détient la possibilité matérielle de le faire. L'indisponibilité est ici *culturelle* ou *sociale*. Dès lors que l'incrimination met en présence deux individus dans une relation personnelle, l'indifférence face au consentement de la prétendue victime est avant tout issue d'un choix de politique juridique. Le législateur a choisi de protéger davantage certaines valeurs. Il a choisi de rendre la minorité, la vie et la dignité indisponibles.

La relativité de ce choix apparaît très clairement lorsque l'on constate l'évolution du droit sur certaines questions de société. Les débats qui entourent l'euthanasie, la gestation pour autrui ou encore les relations sexuelles sado-masochistes illustrent parfaitement la subjectivité de cette distinction<sup>1486</sup>. Progressivement, la protection légale de certaines valeurs a été réduite sous l'effet de la liberté individuelle. L'autonomie personnelle s'impose au point de faire vaciller la distinction classique entre l'indisponibilité et la disponibilité des valeurs sociales protégées par le droit pénal.

**388. Une distinction frelatée.** Quoique qu'arbitraire, cette distinction n'en demeure pas moins redoutable. En effet, la localisation des infractions dans telle ou telle partie du Code pénal influence la place dévolue au consentement. La valeur priorisée par le législateur induira la

---

<sup>1484</sup> Article 444-1 du Code pénal.

<sup>1485</sup> Articles 442-1 s. du Code pénal.

<sup>1486</sup> Voir *supra* n° 211 s.

place du consentement. S'il ne raisonne pas en terme de valeur sociale indisponible ou disponible, sa volonté de protéger certaines valeur implique de réduire la place dévolue au consentement. Les infractions sexuelles fondées uniquement sur les mœurs se répartissent essentiellement entre deux valeurs sociales indisponibles, la dignité ou la protection de la minorité<sup>1487</sup>. Ce choix<sup>1488</sup> conditionne nécessairement la place du consentement, exclu des éléments constitutifs. En estimant que les infractions fondées sur les mœurs portent atteinte à la dignité et la minorité, le législateur nie toute possibilité d'y souscrire. Impossible de consentir à la prostitution, impossible pour un mineur de consentir à une relation sexuelle avec un majeur, notamment lorsque celui-ci exerce une autorité de droit ou de fait. L'indisponibilité des valeurs sociales protégées sert de rempart au consentement. Or, comment affirmer que la pénalisation du viol protège davantage la liberté sexuelle que la dignité de la personne humaine ? Comment se convaincre que le proxénétisme blesse plus la dignité que l'intégrité physique et psychique ? Les valeurs sociales se heurtent et se superposent. À ce titre, affirmer que le viol d'un mineur relève davantage de la protection de l'enfant que de la protection de la liberté sexuelle n'est qu'un choix personnel. On ne saurait faire reposer sur ce dernier l'ensemble de la constitution de l'infraction<sup>1489</sup>. La disponibilité et l'indisponibilité se contrarient au sein d'un même comportement dont la pénalisation exprime simultanément une pluralité de valeurs<sup>1490</sup>. « Affirmer que "généralement, l'un des intérêts l'emporte et donne son coloris principal à l'infraction" c'est faire preuve – soudain- d'une surprenante légèreté : c'est renvoyer à la subjectivité de l'interprète le soin d'affirmer des solutions définitives si reposent pourtant sur la seule intuition »<sup>1491</sup>. À ce titre, certains auteurs estiment que l'autodétermination ne s'opposerait en aucun cas à la dignité de la personne. Au contraire, elle en constituerait l'un des piliers. En effet, si la dignité peut être considérée comme la capacité de l'individu à savoir ce qui lui est favorable, alors l'autonomie personnelle concrétise cette notion<sup>1492</sup>. Ces diverses appréhensions soulignent parfaitement la porosité des valeurs sociales protégées.

---

<sup>1487</sup> Voir *supra* n° 204 s.

<sup>1488</sup> En effet, il s'agit avant tout d'un choix de politique juridique, puisque les infractions sexuelles auraient tout-à-fait pu être regroupées dans une même section relative aux agressions sexuelles par exemple.

<sup>1489</sup> *Contra* voir C. HARDOUIN-LE GOFF, « 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*, décembre 2020, étude n° 34.

<sup>1490</sup> A. VITU, *Droit pénal spécial*, Tome 1, Cujas, 1982, p. 25 : l'auteur estime que les infractions qui portent atteintes à des valeurs sociales différentes sont des délits « pluri-offensifs ».

<sup>1491</sup> E. DREYER, *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020, p. 20.

<sup>1492</sup> S.-M. FERRIE, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, IRJS, 2018, p. 381 s.

La *summa divisio* des biens juridiques semble dépassée. « Les valeurs, par essence, sont évanescence ou, si l'on préfère, fuyantes »<sup>1493</sup>. Il n'est pas possible d'opposer l'indisponibilité de certaines valeurs comme s'il s'agissait d'une évidence naturelle et objective. Cette distinction repose sur un choix qui permet avant tout de limiter les libertés individuelles au nom de certaines conceptions évolutives. Cette manœuvre conduit à intégrer des considérations personnelles et idéologiques au sein du Code pénal, processus dont les dangers d'application en matière sexuelle furent précédemment étudiés<sup>1494</sup>. Comme le rappelle E. DREYER, « sur le terrain des valeurs, chacun prétend détenir une vérité absolue. Ce qui produit un ensemble assez indigeste »<sup>1495</sup>. L'indisponibilité de certaines interdictions sexuelles n'a pas pour objet de protéger les individus. Il arrive d'ailleurs qu'elles aillent jusqu'à les mettre en danger comme c'est le cas pour la prostitution<sup>1496</sup>. Ces interdictions reposent sur une certaine conception de la bonne sexualité, que l'on ne souhaite pas laisser à la disposition des individus<sup>1497</sup>.

Le jeu des valeurs sociales protégées conduit donc à réintroduire une certaine morale au sein du Code pénal<sup>1498</sup>. Il est à présent nécessaire de dépasser la distinction faite entre les valeurs sociales protégées et, inévitablement, remettre en question la place actuellement dévolue au consentement. En effet, l'existence d'un double consentement permissif, le consentement neutralisant et le consentement justificatif, ne saurait se rattacher à une distinction factice et artificielle, capable de retirer aux individus le choix de leur sexualité.

## *2. La remise en cause du double consentement permissif*

Si la distinction entre les biens juridiques disponibles et les biens juridiques indisponibles est remise en cause, la distinction entre le consentement exclusif et le consentement justificatif ne peut rester immobile.

---

<sup>1493</sup> G. BEAUSSONIE, « La notion de valeurs sociale protégée », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 5 s., spéc. p. 14.

<sup>1494</sup> Voir *supra* n° 281 s.

<sup>1495</sup> E. DREYER, « Existerait-il une méta-légalité en droit pénal », in B. PY et F. STASIAK (dir.), *Légalité, légitimité, licéité : Regards contemporains, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PU de Nancy, 2018, p. 95 s., spéc. p. 96.

<sup>1496</sup> Voir *supra* n° 292.

<sup>1497</sup> Notamment concernant les majeurs. Au sujet des mineurs, voir *infra* n° 410 s.

<sup>1498</sup> Pour une étude plus poussée de ce phénomène, voir *supra* n° 197 s.

**389. Présentation d'un double consentement permissif.** Dans sa thèse, X. PIN distingue deux formes de consentements permissifs<sup>1499</sup>. Le premier s'oppose à la constitution matérielle de l'infraction, il s'agit du consentement exclusif. Celui-ci figure au sein des éléments constitutifs et sa présence permet de faire échec à la caractérisation de l'infraction. Ce consentement concerne les incriminations issues de valeurs sociales disponibles, qui tendent donc à protéger la liberté individuelle. À titre d'exemple, le viol ou l'agression sexuelle dans leur acception usuelle ne peuvent être constitués si les deux protagonistes consentent à la relation sexuelle<sup>1500</sup>. Leur accord neutralise *ab initio* l'élément matériel de l'infraction, à savoir, l'acte commis par violence, contrainte, menace ou surprise. Dès lors que le consentement exclusif est exprimé, la qualification pénale devient impossible.

Aux côtés du consentement exclusif se trouve le consentement justificatif<sup>1501</sup>. Toujours selon l'auteur, ce consentement permet de justifier, par dérogation, une infraction pourtant constituée. Contrairement au consentement exclusif, le consentement justificatif permet de neutraliser une infraction qui appartient à un bien juridique indisponible. En raison de cette distinction entre les valeurs sociales disponibles et les valeurs sociales indisponibles, la forme du consentement ne saurait être similaire. Concernant le consentement justificatif, puisque la valeur est indisponible, les individus ne peuvent, par eux seuls justifier l'infraction. C'est au législateur de créer une loi permissive qui, ajoutée au consentement, sera de nature à justifier un tel comportement. Partant, les actes commis à l'occasion de l'exercice d'une activité médicale peuvent être considérés comme des violences volontaires. *A priori* ces actes portent donc atteinte à une valeur sociale indisponible, mais sont justifiés par l'existence d'une loi permissive, ajoutée au consentement du patient<sup>1502</sup>.

**390. Un double consentement relatif.** Or, il semble que cette grille de lecture capable d'expliquer la distinction entre le consentement exclusif et le consentement justificatif se fonde sur une distinction utilitaire des valeurs sociales. En effet, bien que ces consentements soient

---

<sup>1499</sup> X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 76 s.

<sup>1500</sup> Hormis le cas où un mineur serait présent (articles 222-23-1 et 222-29-2 du Code pénal).

<sup>1501</sup> X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ 2002, p. 83 s. et 194 s.

<sup>1502</sup> B. PY, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse, Nancy II, 1993, p. 104 : selon l'auteur, « la justification pénale repose sur la permission tacite de la loi, laquelle comporte plusieurs conditions, dont le respect du consentement du patient. La justification n'est pas liée au seul consentement. Il faut le consentement et d'autres conditions. Le recueil du consentement de la "victime" est alors la vérification d'une des conditions exigées tacitement par la loi pour entraîner la justification et non le fait justificatif lui-même ». Les incriminations potentielles sont neutralisées par la loi. En effet, le fait justificatif, codifié à l'article 122-4 du Code pénal, trouve sa source dans la permission de la loi. Voir également, P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2019, p. 20 s.

de sources différentes, leur nature est similaire. Dans les deux cas, l'infraction est neutralisée. Dans les deux cas, l'incrimination devient disponible du fait de la place laissée au consentement par la loi<sup>1503</sup>. Peu importe qu'il exclue ou justifie, la nature des deux consentements permissifs est identique. De même, la façon d'appréhender l'infraction est similaire. Il est raisonnablement permis de douter du fait que le législateur choisisse consciemment la forme du consentement. Son seul choix réside sans aucun doute dans son existence, non dans son aspect. En effet, les violences commises dans le cadre d'une activité médicale ne semblent *a priori* pas moins licites que les relations sexuelles entre adultes consentants. « De la même façon, un homme ayant une relation sexuelle avec une femme consentante n'est pas un violeur, le médecin n'est pas un délinquant »<sup>1504</sup>. La distinction entre les biens juridiques indisponibles et les biens juridiques disponibles ne permet pas d'appréhender différemment le consentement permissif.

En interrogeant le postulat de départ fondé sur une division entre les valeurs sociales disponibles et les valeurs sociales indisponibles, se pose la question de l'intérêt d'une telle distinction. Si la disponibilité des valeurs sociales protégées n'est que le fait d'un choix politique, et plus encore, si cette disponibilité évolue dans le temps, alors, quel est l'intérêt de distinguer ces deux formes de consentements, tout entiers fondés sur une distinction surannée des valeurs sociales protégées ? Ne sont-ils pas également le fruit d'un choix de politique pénale ? Pourquoi, du simple fait de sa localisation dans le Code pénal, le recours à la prostitution devrait attendre l'existence d'une loi permissive pour être justifié ?

Prenons l'exemple du viol. Selon le Code pénal, il s'agit de « 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 ». Le consentement est *exclusif*. Il s'oppose à la constitution matérielle de l'infraction. Or, il aurait tout à fait été possible de punir « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur » avant qu'une loi permissive précise que « n'est pas pénalement responsable la personne qui commet un acte de pénétration sexuelle sans violence, contrainte, menace ou surprise ». Le consentement aurait ainsi été justificatif. Pour autant, la réalité aurait été similaire. Le viol n'aurait pas été puni en présence d'un consentement. L'oscillation entre

---

<sup>1503</sup> Soit parce qu'elle relève d'une valeur sociale disponible, soit du fait de la dérogation prévue par une loi permissive qui prévoit l'existence d'un consentement permissif.

<sup>1504</sup> X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 86.

ces deux consentements permissifs est issue d'un choix qui n'indique en rien la nature du comportement réprimé.

En relativisant l'influence des valeurs sociales protégées et de leur prétendue disponibilité ou indisponibilité, la place du consentement se pose en des termes nouveaux. L'indisponibilité ne saurait faire échec au consentement des protagonistes. L'expression de certaines valeurs ne peut écraser la réalité de l'incrimination et sa source originelle. Cette dichotomie a jusqu'à présent été ponctuellement exploitée par le législateur pour placer hors d'atteinte les infractions relatives aux mœurs. Présentée comme une division naturelle, cette distinction n'est en réalité que l'expression d'un choix politique. La dignité et la minorité ne peuvent, à elles seules, faire échec à un potentiel consentement, sans reposer sur la capacité à consentir<sup>1505</sup>. La sexualité ne saurait attendre la permission de la loi pour s'exprimer. Il est à présent nécessaire de s'extirper des griffes des valeurs sociales pour revenir à la réalité de ces comportements, avant tout liés au domaine sexuel et intime.

## **B. Une conception renouvelée**

**391. Un retour à la substance des incriminations.** Aborder les infractions sous l'angle axiologique ne permet que d'opposer à des valeurs personnelles et subjectives, d'autres valeurs tout aussi relatives. En fonction des individus et de leur perception, la liberté personnelle primera tantôt sur la dignité, tantôt l'inverse, sans jamais trouver le repos de l'objectivité. De plus, cette utilisation pernicieuse du droit pénal contribue à réinjecter de la morale alors même que la matière avait tenté de s'en défaire. En effet, les valeurs sociales protégées conduisent à faire primer la fonction symbolique et expressive du droit pénal au point d'en oublier sa mission originelle, à savoir sa fonction répressive. Afin de rationaliser l'influence des mœurs sur les incriminations, il apparaît nécessaire de s'extraire de cette conception subjective des valeurs sociales pour revenir à une appréhension objective des infractions et de leur nature sexuelle **(1)**. Ce recentrage permettra de mieux comprendre l'intérêt du consentement permissif, davantage fondé sur l'essence de ces infractions que sur leur portée symbolique **(2)**.

---

<sup>1505</sup> Voir *infra* n° 197 s.



*1. Une conception axiologique à écarter*

**392. Le rejet d'une nouvelle valeur disponible.** Afin de limiter l'influence de la dignité ou de la minorité qui servent actuellement de rempart à l'effectivité du consentement, il aurait été possible de créer une nouvelle section au sein du Code pénal. Cette section aurait été destinée aux infractions sexuelles et eut relevé des biens juridiques disponibles<sup>1506</sup>.

Cependant, il ne suffit pas de déplacer ces infractions dans une section déjà existante, ni d'en créer une nouvelle, propre aux comportements sexuels, pour répondre à cette pénalisation déraisonnable de la sexualité. L'avantage d'un tel procédé ne serait que temporaire et très vite, de nouvelles justifications auraient légitimé le déplacement de ces incriminations au sein de valeurs sociales indisponibles, tendant à faire échec au consentement. Certes, cette section serait un moyen immédiat et efficace de répondre à l'influence des mœurs sur le droit pénal ; cependant, cette partie dépendrait nécessairement d'une certaine conception de la sexualité et n'évincerait pas les risques de manipulation. Chassez les mœurs et elles reviennent au galop.

**393. L'impossible autonomie personnelle.** Il ne s'agit plus d'opposer deux prétendues valeurs. La mise en balance entre les bonnes mœurs et l'autonomie personnelle<sup>1507</sup> dépendrait largement de l'acceptation sociale d'un comportement, interprétée par quelques-uns dans une époque donnée. Elle serait, en somme, le fruit des mœurs, celles-là mêmes qu'il faut fuir. Les valeurs sociales protégées se métamorphosent sous le poids de la politique pénale sans trouver de fondements objectifs et légitimes. Elles semblent davantage reposer sur un choix utilitaire que sur un critère objectif<sup>1508</sup>. Sans dénigrer la nécessité d'effectuer certains choix subjectifs. Toutefois, cet automatisme doit être à la fois visible et subsidiaire. Il ne s'agit pas de présenter pour vrai et inamovible ce qui relève avant tout d'un choix pouvant être réévalué.

Par ailleurs, prôner la libre disposition du corps humain face à son indisponibilité se heurte rapidement à la limite à ériger. En se contentant seulement de valoriser l'autonomie personnelle à travers la libre disposition du corps humain, cela conduit à légaliser l'excision, la torture, le cannibalisme, dès lors que l'individu donne son consentement. Le leurre du « tout-

---

<sup>1506</sup> Un auteur propose de créer une nouvelle section du Code pénal intitulée « Des atteintes à la liberté corporelle de la personne », C. KUREK, *Le corps en droit pénal*, Thèse, Lyon 3, 2017, p. 306.

<sup>1507</sup> M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, p. 369 s.

<sup>1508</sup> Voir *supra* n° 195 s.

consentement » ne convainc guère<sup>1509</sup>. Un tel libéralisme semble difficile à soutenir. La doctrine propose donc des limites à cet essor de l'autonomie personnelle en tant que valeur sociale protégée. Un auteur présente tout d'abord la brutalité comme seule limite objective à la disposition de soi<sup>1510</sup>. Selon lui, la brutalité permet de limiter l'incrimination aux seuls actes qui choquent la conscience collective. Puis, l'auteur y adjoint la publicité<sup>1511</sup>. Finalement, le critère commun à ces deux propositions, brutalité et publicité, serait le froissement, le choc, de la conscience commune. Pour cela, X. PIN rappelle que « comme le disait Durkheim, le droit pénal ne réprime pas ce qui lèse, mais ce qui choque »<sup>1512</sup>. Cette conception est également reprise par A.-G. ROBERT qui ajoute à ces limites la gravité des lésions subies par la victime<sup>1513</sup>. Cependant, ces restrictions interrogent. Comment déterminer la conscience collective ? Comment savoir si celle-ci est choquée ? Il est évident que certains comportements ne laisseront planer aucun doute. Néanmoins, une zone grise risquera de souffrir de l'influence de valeurs sociale protégée. Ne risque-t-on pas, une nouvelle fois, de manipuler l'opinion publique pour faire correspondre sa supposée conscience à l'objectif moralisateur ? Cette limite renoue avec l'influence dont il faut se défaire. *A priori* le ressenti collectif n'existe pas ; ou, s'il existe, ce dernier ne saurait être sondé avec justesse. Par ailleurs, est-il réellement souhaitable de laisser à la communauté le soin de déterminer la sexualité individuelle des particuliers ? Le législateur est-il réellement élu pour déterminer la teneur des relations sexuelles interpersonnelles ?

En proposant d'ériger la liberté corporelle en valeur sociale protégée<sup>1514</sup>, C. KUREK se retrouve également confrontée à la limite à imposer. Elle propose donc d'ériger l'ordre public en tant que barrière infranchissable avant de préciser, « la notion de bonnes mœurs se trouvant en effet à la source de l'ordre public »<sup>1515</sup>. Ce raisonnement démontre parfaitement ce qu'il convient d'éviter. En valorisant les valeurs sociales protégées et en s'attardant sur leur disponibilité ou leur indisponibilité comme s'il s'agissait d'un choix objectif, cela contribue nécessairement à recréer la dynamique morale. De fait, la valorisation de la vision axiologique de l'infraction

---

<sup>1509</sup> M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018, p. 53.

<sup>1510</sup> X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif », art. préc., spéc. p. 101 s.

<sup>1511</sup> X. PIN, « Retour sur le consentement de la victime », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 103 s.

<sup>1512</sup> *Ibidem*.

<sup>1513</sup> A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 677 s., spéc. p. 661.

<sup>1514</sup> C. KUREK, *Le corps en droit pénal*, op. cit., p. 371 s.

<sup>1515</sup> *Ibid*, p. 380.

semble être le meilleur moyen de réinjecter des présupposés moraux, personnels et subjectifs tout en les imposant à la communauté par la force de la loi<sup>1516</sup>.

**394. La régulation de la fonction symbolique.** Les valeurs sociales protégées permettent d'exprimer certains intérêts prioritaires par la politique pénale. L'inscription dans le Code pénal de ces intérêts signale leur importance et les érige, par là-même, au rang de valeurs sociales protégées. Toutefois, la valorisation de la fonction symbolique et expressive de la matière pénale conduit à s'éloigner de la réalité et des conséquences issues de la pénalisation de ces comportements<sup>1517</sup>. En brandissant l'intégrité physique, la vie ou la dignité dont on ne saurait nier la valeur, le législateur en oublie de considérer le citoyen qui se trouve effectivement derrière ces valeurs. Il le dépossède de sa propre sexualité au nom d'un prétendu symbolisme dont l'efficacité semble toute relative, puisque cela conduit parfois à les placer dans une situation de vulnérabilité<sup>1518</sup>. De plus, en faisant primer le symbolique sur le légal, le législateur contrevient au rôle du droit pénal, l'affaiblit et le blesse. Partant, il est nécessaire de revenir à une conception légaliste de l'infraction et de rejeter cette suprématie des valeurs sociales protégées à partir desquelles la morale renaît et s'impose avec la force de l'évidence. L'objectif n'est pas de supprimer la structure de Code pénal, mais seulement de réduire ses effets.

**395. De l'expression à la raison.** En dépassant la simple fonction expressive du droit pénal, il est possible de revenir à la nature objective des infractions pénalisées. Qu'elles portent atteinte à la liberté sexuelle, à l'intégrité physique et psychologique, à la dignité, à la minorité, ces infractions se recoupent toutes par leur nature sexuelle. Encore faut-il s'entendre sur ce qu'est la sexualité. En effet, *tout* pourrait *a priori* relever de la sexualité. Sans définition, on pourrait tenter de justifier le cannibalisme par un attrait sexuel et la totalité des paraphilies devraient être reconnues par le Code pénal. Par conséquent, afin de se rapprocher au plus près de l'essence de ces infractions sexuelles, la notion de sexualité doit être restreinte à son sens le plus strict. Selon G. CORNU, le domaine sexuel est ce « qui se rapporte à la sexualité, à l'union charnelle, aux rapports intimes »<sup>1519</sup>. Il n'est donc guère étonnant de constater les balbutiements de la jurisprudence lorsque celle-ci doit définir ce qu'est le contexte sexuel, notamment

---

<sup>1516</sup> « Car on constate, dans la jurisprudence française, que la prise en compte de l'objectif poursuivi par le législateur sert quasiment toujours à étendre le champ de la répression et non à le restreindre » (E. DREYER, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 19).

<sup>1517</sup> Voir *supra* n° 224 s.

<sup>1518</sup> Voir *supra* n° 292.

<sup>1519</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Quadrige, 13<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 957, v° *sexuel-le*.

concernant le viol ou l'agression sexuelle. Cette définition laisse aisément apparaître la difficulté éprouvée lorsqu'il s'agit de définir un axiome. De fait, afin que cette définition soit satisfaisante, il est nécessaire d'apprécier la sexualité *in abstracto*. Le mobile étant indifférent, les infractions sexuelles devront être composées des actes matériels de nature objectivement sexuelle. Sous couvert d'une appréciation *in abstracto*, la sexualité sera appréhendée strictement afin de pouvoir guider le législateur sans tomber dans le gouffre du *tout-sexuel*. En considérant ces agissements comme des comportements sexuels et non plus comme des atteintes à l'intégrité, à la minorité ou la dignité, il sera plus aisé d'adopter des automatismes communs à toutes ces incriminations, afin d'éviter que la morale s'infilte davantage dans le droit pénal.

La reconnaissance du caractère sexuel de ces infractions s'érige alors en garde-fou efficace, permettant d'échapper à l'abîme moral de la classification des valeurs sociales protégées. Si nous ignorons pourquoi le viol exprimerait moins une atteinte à la dignité de la personne humaine que la prostitution, si nous ignorons pourquoi la prostitution protège moins la liberté sexuelle que le viol, ce dont nous sommes certains, c'est que la prostitution, les agressions sexuelles, les atteintes sexuelles, sont des comportements sexuels, au sens strict. Aussi, au regard de l'essence même de la sexualité, intime et personnelle, il apparaît judicieux que celle-ci relève du choix des individus. Elle ne saurait concerner l'État plus que les protagonistes eux-mêmes. Au même titre que l'individu qui ne peut consentir à une atteinte contre l'État, il semble évident que l'État ne puisse interdire pénalement l'exercice d'une certaine sexualité consentie. De fait, cette unicité entre les différents comportements sexuels nécessite d'opter pour un régime commun.

## 2. Un consentement à étirer

**396. Une extension du consentement permissif.** Afin d'unifier le fonctionnement des infractions sexuelles, il est essentiel d'homogénéiser la place du consentement en empruntant le système actuellement propre au viol et à l'agression sexuelle. Il ne s'agit pas de supprimer les valeurs sociales protégées mais seulement de réduire leur influence sur le consentement. L'organisation des infractions pourrait conserver son état actuel. Les valeurs sociales protégées pourraient continuer d'apparaître au sein du Code, à la condition que cela n'ait pas d'effets

particuliers sur la structure de l'incrimination<sup>1520</sup>. Par exemple, l'atteinte à la dignité ne suffira pas à exclure *ipso facto* le consentement des protagonistes. En effet, peu importe où se situent effectivement les infractions. Ce qui réunit ces incriminations, c'est avant tout leur nature objectivement sexuelle qui, à notre sens, justifie une unification de leur fonctionnement et induit l'extension du consentement permissif. Ainsi, en s'extirpant de la conception usuelle des valeurs sociales protégées disponibles ou indisponibles, la véritable nature des infractions apparaît. En appliquant ce raisonnement, le consentement pourra être exclusif ou justificatif selon l'infraction, puisque ce choix relève avant tout d'un choix d'opportunité. Il est sans incidence sur la reconnaissance du consentement. La forme du consentement permissif importe peu, puisque justificatif ou exclusif, sa nature reste inchangée.

**397. Des individus et du droit.** Cette démarche intellectuelle consiste à replacer les individus au centre de leur sexualité. Il s'agit d'un moyen efficace tendant à limiter l'influence des mœurs sur le droit pénal. L'extension du consentement permissif permet également de répondre aux dangers de l'immixtion de la morale dans le droit pénal. En revanche, il ne s'agit pas de plaider en faveur d'un consensualisme absolu. Des limites devront être érigées, notamment concernant les mineurs ou les lieux d'exercice de la sexualité afin que le consentement puisse s'exercer pleinement<sup>1521</sup>. En effet, la fonction du droit pénal demeure celle de protéger la société et l'ordre public. Néanmoins, la vie intime des individus doit également être protégée et cela ne contredit pas l'objet du droit pénal. Ce serait aller trop loin dans l'opposition que de mettre en rivalité l'individu et l'ordre public<sup>1522</sup>. Pourquoi l'ordre public serait-il nécessairement opposé aux citoyens et à leurs choix ? Ce dernier est, peu ou prou, composé d'intérêts particuliers. Le droit pénal protège pas l'ordre public lorsqu'il laisse le viol ou l'agression sexuelle à la disposition des individus<sup>1523</sup>. Il serait illusoire d'opposer l'ordre public à l'autonomie personnelle. La protection de cet ordre conduit parfois à protéger les choix individuels. Interdire la prostitution ne protège pas nécessairement l'ordre public. De même, sanctionner le fait de visionner des images pédopornographiques lorsque le mineur n'est que représenté ne permet pas de préserver l'ordre public. Le droit pénal ne se fourvoie pas en

---

<sup>1520</sup> Leur indication pourrait tout à fait servir à la résolution de conflits de qualification. O. DECIMA, « La qualification pénale et les valeurs sociales protégées », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 47 s.

<sup>1521</sup> Voir *infra* n° 411 s.

<sup>1522</sup> X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 95.

<sup>1523</sup> Hormis certains cas où il s'agit d'un mineur et d'un majeur.

admettant que la sexualité dépende des individus. Au contraire, c'est lorsqu'il prétend régir la totalité de l'intimité que le droit pénal s'égare. En étendant le champ du consentement, il ne s'agit pas de prôner une nouvelle valeur telle que l'autonomie personnelle que l'on opposerait à la dignité. Il s'agit de reconnaître le caractère individuel et intime de ces infractions sexuelles qui ne peuvent dépendre d'autres personnes que des principaux impliqués. Si les effets sont similaires, le raisonnement n'est pas le même et ce dernier permet de lutter contre une future instrumentalisation des valeurs sociales protégées. En valorisant le caractère symbolique de la matière pénale, les infractions se défont de la réalité pour garantir une moralité. De fait, l'extension du consentement permissif tente de replacer la prétendue victime au centre de ses choix et rejeter le paternalisme qui conduit à légaliser les relations entre les « êtres humains dont les facultés ont atteint leur maturité »<sup>1524</sup>.

**398. Un consentement réversible.** D'autre part, en matière sexuelle le caractère réversible du consentement offre une précaution intéressante. Limiter cette extension au domaine sexuel s'explique notamment par la possibilité de revenir sur son choix. Contrairement aux atteintes à la vie qui, jusqu'à preuve du contraire, s'avèrent irréversibles, il est toujours possible de revenir sur un choix en matière sexuelle. Les conséquences du consentement ne sauraient être absolues. D'ailleurs, cet élément est particulièrement convaincant lorsque l'on se rappelle de l'arrêt *K.A et A.D c/ Belgique*<sup>1525</sup> et de la limite posée par la CEDH. Après avoir rappelé que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »<sup>1526</sup>, la Cour précise que la limite réside dans « la volonté de la "victime" » qui, en l'espèce, n'avait été respectée puisque le fait qu'elle ait crié « pitié », aurait dû mettre un terme à ses supplices. À cet égard, la CEDH rappelle que la victime a toujours la possibilité de revenir sur son choix. Ainsi, l'extension du consentement permissif ne saurait être particulièrement alarmante, pourvu que certaines conditions soient respectées<sup>1527</sup>.

**399. La crainte d'une atteinte à la sécurité juridique.** En raison du changement du centre de gravité des infractions sexuelles, glissant de l'État aux individus, il est loisible de craindre une mise à mal de la sécurité juridique. En effet, punir un comportement sans s'interroger sur

---

<sup>1524</sup> J. S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, 1990, p. 40 et s. ; sur l'application du consentement, voir *infra* n° 400 s.

<sup>1525</sup> CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique*.

<sup>1526</sup> *Ibid* § 83.

<sup>1527</sup> Voir *infra* n° 409 s.

le ressenti particulier des protagonistes a le mérite d'être objectif et sécurisant. Inutile de s'intéresser à la sensibilité individuelle, les rapports sadomasochistes seraient, par exemple, punis indépendamment de ceux qui les pratiquent. En revanche, valoriser le consentement dès qu'il s'agit de sexualité serait de nature à faire dépendre l'infraction des individus. Le sadomasochisme ne serait puni que s'il n'est pas consenti. Partant, cela pourrait s'avérer risqué pour la sécurité juridique. Toutefois, un tel procédé existe déjà concernant le viol ou l'agression sexuelle. L'infraction est tributaire des protagonistes, en dehors du viol et de l'agression sexuelle sur mineur de quinze ans dans certains cas particuliers. La sécurité juridique ne semble pas atteinte car l'ordre public n'est troublé qu'à partir du moment où la relation heurte le consentement. Ce procédé serait seulement étendu à la totalité des infractions sexuelles<sup>1528</sup>, évitant les risques évoqués précédemment lorsqu'il s'agit de laisser à l'État le choix de la normalité sexuelle<sup>1529</sup>. Il semble que le choix de la casuistique soit, dans une certaine mesure, inquiétant mais essentiel. Le fondement moral de ces incriminations ne saurait perdurer.

Cette réponse à la pénalisation des mœurs déviantes consiste donc à étendre l'effet du consentement sur les infractions sexuelles, notamment celles pour lesquelles la victime ne se considère pas comme telle. Peu importe où se situe l'infraction dans la classification subjective des valeurs sociales protégées proposée par le Code pénal, ces comportements ont trait à la sexualité. Cette démarche conduit donc à replacer l'individu au centre de ses choix, rappelant que le caractère réversible de ces décisions permet de les tolérer avec davantage de sérénité.

## **§ 2 – L'application du consentement permissif**

**400. Le potentiel de ce mécanisme.** En exploitant le consentement permissif, l'objectif est évidemment de rationaliser l'influence des mœurs sur le droit pénal. Cet instrument est attrayant car il a vocation à exercer une influence contemporaine et prospective en s'appliquant de façon uniforme aux évolutions futures, afin de garantir un retour du droit pénal autour de son objet répressif et concentrer son intervention aux atteintes à l'ordre public. L'aspect moralisateur du droit pénal ne saurait justifier à lui seul son utilisation. La moralisation des individus, si elle est intrinsèque à la pénalisation, ne peut se situer à sa source. Elle ne saurait la rendre légitime. L'atteinte à l'ordre public doit demeurer l'élément déterminant. Il ne s'agit pas de proposer une

---

<sup>1528</sup> Dans les limites exposées, voir *infra* n° 408 s.

<sup>1529</sup> Voir *supra* n° 281 s.

solution ponctuelle mais bel et bien d'inscrire cette démarche au sein d'une réflexion globale relative aux infractions sexuelles. Ce dynamisme tend à s'inscrire dans la durée.

En se recentrant sur la nature sexuelle des infractions et non plus sur les valeurs qu'elles renvoient, l'individu revient nécessairement au centre de ces infractions, faisant de son consentement le pivot central autour duquel ces incriminations gravitent. Cependant, l'application matérielle du consentement inquiète toujours. Comment le saisir ? Comment le prouver ? Fuyant, le consentement est délicat à vérifier sans risquer de sonder dangereusement la conscience des individus.

Après s'être attardé sur les effets de la matérialisation du consentement permissif (**A**) il sera nécessaire de revenir sur son appréciation (**B**).

### **A. La matérialisation du consentement permissif**

**401. Application d'un consentement repensé.** Après avoir décliné le cadre au sein duquel le consentement a vocation à s'étendre, il s'avère désormais essentiel de s'attarder sur son application concrète. À ce titre, afin d'illustrer l'influence d'une extension du consentement permissif, la prostitution (**1**) et l'atteinte sexuelle (**2**) offrent deux exemples intéressants.

#### *1. La prostitution ajustée*

**402. Une insatisfaction actuelle.** L'extension du consentement permissif trouve dans la prostitution, que tout empêche sans l'interdire pour autant, une illustration intéressante de ce nouveau fonctionnement. En effet, faut-il rappeler que la politique pénale qui entoure la prostitution est pour le moins hypocrite ? Abolitionniste sans le dire, elle conduit à placer les personnes prostituées dans une situation de vulnérabilité tout en prétextant les protéger<sup>1530</sup>. Véritable infraction sans texte<sup>1531</sup>, cette pénalisation chaotique de l'activité prostitutionnelle ne saurait convaincre, notamment car elle conduit à exposer au danger ceux qu'elle entend protéger. Aussi, sa répression nécessite d'être améliorée. Dans cette volonté de limiter la normalisation et la moralisation de la sphère privée des individus, il est essentiel de rendre à la personne prostituée la place qu'elle mérite.

---

<sup>1530</sup> Voir *supra* n° 292.

<sup>1531</sup> R. PARIZOT, « La prostitution, une infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373 s.



Actuellement, la disposition des multiples infractions qui relèvent de l'activité prostitutionnelle se situent au sein du chapitre relatif à la dignité de la personne humaine. En contribuant à rendre la valeur sociale indisponible, ces incriminations constatent l'inefficacité du consentement de la personne prostituée. Que la prostitution soit choisie ou contrainte, les infractions sont similaires. Aucune distinction n'existe en droit pénal français. Pourtant, bien qu'elle soit sans doute résiduelle, la prostitution consentie ne saurait être tout à fait niée<sup>1532</sup>. L'encadrement de la profession aurait pour effet de se rapprocher de la réalité des personnes travailleuses du sexe, en prenant notamment en compte les effets pervers que peut avoir cette politique paternaliste. Effectivement, sans annihiler le phénomène, les différentes pénalisations actuelles modifient dangereusement les circuits d'exercice. En souhaitant manifester l'existence d'une mauvaise utilisation de la sexualité, le droit pénal ne remplit plus son rôle de protection des individus<sup>1533</sup>. Ainsi, le prisme moral à travers lequel la prostitution est appréhendée semble ignorer la réalité de la situation et les effets de cette pénalisation.

**403. Le constat d'une infraction sexuelle.** S'il est vrai que l'exploitation de la prostitution peut heurter la dignité de la personne humaine notamment lorsqu'elle s'inscrit dans la traite des êtres humains<sup>1534</sup>, ce comportement peut également manifester l'exercice d'une liberté sexuelle. À ce titre, deux valeurs se contredisent au sein même de cette infraction. Il est donc nécessaire de s'extirper de cette dichotomie afin de regarder avec hauteur ce phénomène. En application des critères précédemment définis, se pose la question de la place du consentement. Cette infraction révèle à n'en pas douter un comportement sexuel. La chambre criminelle de la Cour de cassation estime que « la prostitution consiste à se prêter, moyennant rémunération, à des contacts physiques de quelque nature que ce soit, afin de satisfaire les besoins *sexuels* d'autrui »<sup>1535</sup>. Objectivement, la prostitution a trait à la sexualité. La marchandisation de ce comportement ne lui retire en aucun cas son aspect sexuel. Dépassant les valeurs exprimées qui ne sauraient être suffisamment limpides pour justifier une infraction, notre démarche consiste à revenir aux éléments constitutifs de l'incrimination et notamment leur caractère sexuel. Puisque le débat relatif aux valeurs sociales protégées est un débat sans fond ni fin, puisque celui-ci fluctuera en fonction des politiques pénales mises en place, autant s'en défaire pour

---

<sup>1532</sup> A. CASADO, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, IRJS, 2015, p. 198 s.

<sup>1533</sup> Délégation aux droits de femmes, compte rendu du 27 mai 2021 disponible sur [http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210524/ddf\\_2021\\_05\\_27.html](http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20210524/ddf_2021_05_27.html) (Dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1534</sup> Articles 225-4-1 s. du Code pénal.

<sup>1535</sup> Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016, *Bull. crim.* n° 138 ; *Droit pénal* 1996, obs. VERON.

retrouver une certaine rationalité objective tendant à restreindre l'influence des mœurs sur le droit pénal.

**404. Les effets de ce constat sur la prostitution.** Après avoir établi le caractère objectivement sexuel de la prostitution, il est à présent nécessaire d'en déduire les conséquences sur la place du consentement. Au regard de sa nature intime<sup>1536</sup>, l'existence d'un consentement permissif doit être reconnu en la matière. Peu importe que celui-ci soit exclusif ou justificatif. Il ne s'agit là que d'un choix rédactionnel. Seule la reconnaissance du consentement est essentielle.

De fait, plusieurs États ont adopté un système de réglementation afin d'apporter « une réponse réaliste et non moralisatrice »<sup>1537</sup> à cette situation. Tel est le cas des Pays-Bas qui délèguent aux municipalités la charge de délivrer des autorisations aux maisons de prostituées et l'édiction des règles d'hygiène. Les personnes prostituées se voient appliquer les règles de droit commun. Elles ont accès à une protection sociale, aux syndicats professionnels et sont soumises au droit du travail en vigueur<sup>1538</sup>. Cette démarche répond tant à la mise en danger des personnes travailleuses du sexe qu'à l'esprit du comportement sexuel tributaire des individus qui l'exercent.

L'encadrement de la prostitution par la valorisation du consentement répond aux différentes lacunes du système actuel. Dans cette optique, la pénalisation de la prostitution des mineurs serait nécessairement conservée sur le fondement de l'efficacité du consentement<sup>1539</sup> et de l'article D. 4153-16 du Code du travail qui dispose qu'« il est interdit d'affecter les jeunes à des travaux les exposant à des actes ou représentations à caractère pornographique ou violent ». Concernant les majeurs, le législateur distinguerait la prostitution choisie de la prostitution forcée ou exercée en dehors du cadre légal. Une réglementation particulière pourrait ainsi porter sur les conditions d'accès impliquant notamment la majorité et des obligations spéciales telles que des visites médicales régulières. Cet encadrement permettrait de s'ériger en tant que garde fou en permettant certaines vérifications, notamment comptables, de nature à laisser supposer l'existence d'une prostitution contrainte ou d'un proxénétisme avéré. Toutefois, les établissements prévus à cet effet ne se limiteraient pas aux maisons closes et les personnes

---

<sup>1536</sup> Sur l'importance de limiter cette extension à la sphère sexuelle, voir *supra* n° 396 s.

<sup>1537</sup> N. LAURENT-BONNE, « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *D.* 2016, chron. p. 1713 s., spéc. p. 1716.

<sup>1538</sup> *Ibidem.*

<sup>1539</sup> Voir *infra* n° 409 s.

prostituées pourraient tout à fait exercer à leur domicile, sous réserve de respecter le cadre légal<sup>1540</sup>. Pour ce faire, il appert nécessaire d'interdire l'exercice et le recours à la prostitution en dehors du cadre légal par la pénalisation de la personne qui propose la relation et celle qui l'accepte. Toutefois, avant de modifier les infractions relatives à la sanction du client et du proxénète, il est essentiel d'interroger leur nécessité. En effet, l'existence d'un vide répressif n'est pas certaine.

Concernant l'individu qui a recours à la prostitution qui s'exerce en dehors du cadre légal, il serait possible de le sanctionner à travers le recours au travail dissimulé. L'article L. 8221-1, 3° du Code du travail qu'est interdit « le fait de recourir sciemment, directement ou par personne interposée, aux services de celui qui exerce un travail dissimulé ». Cette incrimination recouvre parfaitement le comportement visé. Toutefois, contrairement à l'article 611-1 du Code pénal les peines seront augmentées car le recours au travail dissimulé est délictuel et puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende. Concernant le recours à la prostitution d'un mineur, selon l'article L. 8224-2 du Code du travail : « l'emploi dissimulé d'un mineur soumis à l'obligation scolaire est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 € ». L'infraction est réprimée à hauteur du recours à la prostitution d'un mineur<sup>1541</sup>. Cependant, il n'est guère envisageable d'autoriser les mineurs entre seize et dix-huit ans à se prostituer. Il serait légitime d'ajouter un alinéa à l'article L. 8224-2 du Code du travail :

*« Le fait de méconnaître les interdictions définies à l'article L. 8221-1 par l'emploi dissimulé d'un mineur soumis à l'obligation scolaire est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.*

***Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, 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, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.***

---

<sup>1540</sup> De toute évidence, cela nécessitera de faire évoluer la conception de la licéité de l'objet social afin que ce dernier puisse porter sur la prostitution.

<sup>1541</sup> Article 225-12-1 du Code pénal : « Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, 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, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ».

*Le fait de méconnaître les interdictions définies au même article L. 8221-1 en commettant les faits à l'égard de plusieurs personnes ou d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.*

*Le fait de méconnaître les interdictions définies aux 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> du même article L. 8221-1 en commettant les faits en bande organisée est puni de dix ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ».*

Concernant le proxénétisme, il serait également conditionné à la notion de contrainte et l'absence d'accord de la victime majeure<sup>1542</sup>. Toutefois, une nouvelle fois, la question du vide répressif ne saurait être ignorée. Actuellement le proxénétisme consiste soit à aider, assister ou protéger la prostitution d'autrui, soit à tirer profit de la prostitution d'autrui, partager les produits ou recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution soit à embaucher, entraîner ou détourner une personne en vue de la prostitution ou exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire<sup>1543</sup>. De fait, en autorisant la prostitution au sein d'un certain cadre légal, la pénalisation du proxénète évolue. En effet, lorsque la personne qui se prostitue est consentante et que celle-ci est déclarée, le droit pénal doit se faire discret. Toutefois, lorsque tel n'est pas le cas, plusieurs infractions viennent encadrer le proxénète : le recel de travail dissimulé, la complicité de travail dissimulé et la traite des êtres humains.

Si la personne est consentante mais que celle-ci n'est pas déclarée, les individus intervenants en parallèle pourraient être poursuivis pour complicité ou recel de travail dissimulé. Dans le cadre de l'aide ou l'assistance, la complicité de travail dissimulé pourra être établie. En revanche, le fait de tirer profit d'une prostitution consentie constituera un recel de travail dissimulé. Enfin, embaucher, en dehors du cadre légal, une personne prostituée entrerait dans le cadre de l'article L. 8221-3 du Code du travail qui réprime le travail dissimulé par dissimulation d'activité.

Lorsque la personne prostituée est contrainte à travailler, le recours au travail forcé serait opportun. Selon le Code pénal, « le travail forcé est le fait, par la violence ou la menace, de contraindre une personne à effectuer un travail sans rétribution ou en échange d'une rétribution

---

<sup>1542</sup> Sur la capacité des mineurs à consentir, voir *infra* n° 410 s.

<sup>1543</sup> Article 225-5 du Code pénal.

manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli. Il est puni de sept ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende »<sup>1544</sup>. Néanmoins, la formulation de cette infraction interroge en ce qu'elle lie la répression à l'absence de rémunération ou à sa médiocrité. Le fait de contraindre par violence ou menace une personne à travailler appert suffisant. De même, la traite des êtres humains offre un second filet de sécurité. En effet, l'exploitation consiste à « mettre la victime à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre la victime des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, de réduction en esclavage, de soumission à du travail ou à des services forcés, de réduction en servitude, de prélèvement de l'un de ses organes, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre la victime à commettre tout crime ou délit ». Dans cette optique nouvelle, le terme « proxénétisme » pourrait disparaître. L'infraction permettrait de répondre à la nécessité de réprimer les réseaux à travers la référence au travail forcé et celle qui consiste à contraindre la victime à commettre tout crime ou délit.

Ainsi, le droit pénal contemporain comporte tout le nécessaire pour réprimer l'exercice de la prostitution en dehors du cadre légal, ceux qui y ont recouru et ceux qui l'exploitent. Face à cette évidence, les articles 225-5 à 225-12 du Code pénal n'auraient plus lieu d'être. Cette démarche reconnaît l'inadaptation du système actuel et la réalité de la prostitution. La morale culturelle conduit à interdire la prostitution en punissant tous ceux qui l'approchent, au point de placer dans une situation de vulnérabilité les personnes travailleuses du sexe<sup>1545</sup>. De plus, cette pénalisation ignore l'aspect sexuel de cette infraction, qui dépend des individus et de leur vie privée. La valorisation du consentement pourrait ainsi mettre un terme à cette politique hypocrite et néfaste tout en garantissant le strict respect du droit du travail. La mise en danger des personnes prostituées, contraintes de dissimuler leur activité au point de les mettre en danger, pourrait se muter en protection de ces dernières.

## *2. L'atteinte sexuelle supprimée*

**405. Un consentement actuellement ignoré.** À l'image de la prostitution, l'atteinte sexuelle méconnaît également le potentiel consentement du mineur en lui refusant toute relation sexuelle

---

<sup>1544</sup> Article 225-14-1 du Code pénal.

<sup>1545</sup> Voir *supra* n° 292.

avec un adulte. Actuellement, l'atteinte sexuelle se construit en creux du viol ou de l'agression sexuelle, lorsque l'absence de consentement exigée par ces deux infractions n'aura pu être établie. Sous couvert de protéger les mineurs, le législateur refuse de leur laisser la disposition de leur sexualité dès l'instant où celle-ci semble immorale<sup>1546</sup>, c'est-à-dire lorsqu'elle s'exerce avec un majeur.

**406. Une infraction contraire à l'extension du consentement.** Or, en reprenant la démarche précédemment établie, l'atteinte sexuelle relève sans difficulté des infractions sexuelles entendues objectivement. L'atteinte sexuelle s'appuie sur la relation charnelle d'un mineur avec un majeur. Aussi, il est essentiel d'en tirer les conséquences relatives à l'usage du consentement. Une application rigoureuse du consentement permissif tel qu'il vient d'être envisagé, conduit à l'étendre à cette incrimination du seul fait de son caractère sexuel. L'atteinte sexuelle doit disparaître puisque son objet est justement celui de combler le vide laissé par le consentement exclusif du viol et de l'agression sexuelle ou l'écart d'âge prévu par les infractions nouvellement définie lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans. Au regard du caractère sexuel de l'infraction, le consentement permissif doit donc conserver son plein effet. Puisque l'atteinte sexuelle se fonde sur l'hypothèse d'une relation sexuelle consentie entre un majeur et un mineur, il apparaît alors nécessaire de dépénaliser un tel comportement.

**407. La place du mineur face au consentement.** Cependant, impossible de nier le fait que l'un des protagonistes est un mineur. Face à cet élément, les risques de dérive sont grands. La première réaction consisterait à créer un régime dérogatoire faisant échec au consentement du mineur par la création d'une nouvelle infraction. L'atteinte sexuelle réintégrerait alors le Code pénal sans difficulté. Or, si cela se conçoit concernant cette infraction, jusqu'où pourra se poursuivre une telle démarche ? Suite à la dépénalisation de l'homosexualité, la protection de la minorité avait déjà permis de créer une infraction discriminatoire fondée sur l'orientation sexuelle<sup>1547</sup>. Afin d'éviter que la minorité ne justifie une nouvelle insertion de la morale dans le Code pénal, il pourrait être opportun de s'intéresser à l'appréciation du consentement. En effet, la capacité du mineur à consentir pourrait être la clef de voûte à partir de laquelle l'enfant serait protégé. Il apparaît effectivement nécessaire de prévoir des garde-fous qui ne remettraient

---

<sup>1546</sup> Voir *supra* n° 197 s.

<sup>1547</sup> Voir *supra* n° 199.

pas en cause la dépenalisation des infractions sexuelles tout en garantissant la protection de certains de ses membres par des infractions préexistantes.

L'application extensive du consentement permissif induit nécessairement de revenir sur les conditions liées à l'efficacité de ce dernier ainsi qu'à son contrôle. La reconnaissance du consentement ne peut être détachée de toutes considérations pratiques, garantissant son application matérielle.

## **B. L'appréciation du consentement**

**408. Un consentement nécessairement encadré.** Le consentement est une notion fuyante et vaporeuse. Afin de garantir son application concrète et rassurer sur son usage, il est essentiel de rappeler quelles seraient les conditions de fond et de forme permettant d'assurer son efficacité (1), ainsi que les modalités relatives à la preuve du consentement et au jeu des présomptions (2).

### *1. Les conditions d'efficacité*

**409. Le risque de l'inquisition des consciences.** Si le consentement suscite de nombreuses réserves, c'est que celui-ci s'avère délicat à examiner et contrôler. Comment savoir si une personne est réellement consentante sans examiner ce consentement à travers les valeurs qui sont les nôtres ? En effet, l'appréciation du consentement d'autrui suscite, peu ou prou, un jugement personnel de celui-ci. Ce risque est également mis en exergue par M. FABRE-MAGNAN qui alerte sur cette possible dérive, « sous couvert de respect des préférences individuelles, on procède en réalité à un contrôle insidieux de l'acte à l'aune de ses propres préférences »<sup>1548</sup>. Le prisme par lequel le consentement d'un individu est perçu s'avère être tout à fait personnel. Aussi est-il courant d'entendre que la prostitution n'est jamais le fait d'un choix. Comment peut-on concevoir qu'une personne consente à vendre ses services sexuels ? La tentation est grande d'estimer que la personne est nécessairement vulnérable ou financièrement dépendante. Toutefois, cette affirmation porte en elle la trace d'un jugement personnel qui, dans un système de croyance personnel, refuse d'admettre que la prostitution puisse être choisie et conduit à

---

<sup>1548</sup> M. FABRE-MAGNAN, *L'institution de la liberté*, op. cit., p. 105.

ériger les mobiles en appréciation de la capacité. De même, nous sommes tentés de dévaloriser le consentement d'un individu en affirmant que « celui qui consent à sacrifier son intégrité corporelle n'est pas un individu raisonnable »<sup>1549</sup>. Pourtant, il est évident que le législateur comme le juge doivent se garder de tels jugements personnels. Ces maximes ne sauraient être convaincantes car celles-ci sont dépendantes d'une certaine morale individuelle de laquelle il est obligatoire de se défaire pour garantir l'adoption d'une loi générale et assurer son application concrète. Ces difficultés ne signifient pas que le consentement soit un leurre. Cela n'induit pas son rejet total et absolu. « Si, par exemple, pour consentir authentiquement, il fallait être libre de toute dépendance (y compris émotionnelle), parfaitement rationnel, posséder une connaissance complète de toutes les étapes et de toutes les conséquences de l'action à laquelle on consent, etc., alors évidemment, personne ne pourrait jamais consentir authentiquement à quoi que ce soit »<sup>1550</sup>. Ces remarques conduisent seulement à affirmer la nécessité d'encadrer le consentement pour que celui-ci soit efficace.

**410. De la capacité à consentir.** La première des conditions relatives à l'efficacité du consentement concerne la capacité à consentir. Il est essentiel de déterminer les personnes qui ne seraient pas capables de consentir, sans pour autant tomber dans une appréciation morale de ces dernières. À cet égard, les critères habituels pourraient être repris afin d'établir des limites au consentement. Ainsi, certaines circonstances ne présentent aucune difficulté. Une personne inconsciente<sup>1551</sup>, endormie<sup>1552</sup>, dans un état d'alcoolémie, dans le coma, ne peut raisonnablement donner son consentement. À l'inverse, s'il est évident qu'une personne en état de grossesse présente une certaine vulnérabilité, impossible d'imaginer écarter du seul fait de sa grossesse, la validité de son consentement. D'autres situations, en revanche, méritent d'être examinées au cas par cas. L'insanité d'esprit et le trouble mental peuvent faire échec au consentement<sup>1553</sup>. Toutefois, ces éléments doivent faire l'objet d'une appréciation casuistique afin de ne pas porter atteinte au droit au respect de la vie privée notamment garanti par l'article 9

---

<sup>1549</sup> A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », art. préc., spéc. p. 656.

<sup>1550</sup> R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, op. cit., p. 141.

<sup>1551</sup> CA Toulouse, 16 mai 2016 ; JCP G 2006, IV, 3121 : sur la caractérisation du viol par surprise en raison de l'inconscience de la victime.

<sup>1552</sup> Cass. crim. 25 juin 1857 ; S. 1857, 1, 711 : sur la caractérisation du viol par surprise en raison du sommeil de la victime.

<sup>1553</sup> Telle que la victime atteinte d'une psychonévrose dépressive et obsessionnelle supprimant ses facultés de résistance, Cass. crim. 8 juin 1994, JurisData n° 001562 ; JCP 1994, IV, n° 2090.



du Code civil<sup>1554</sup>. En effet, le majeur protégé doit pouvoir nouer librement des relations sexuelles<sup>1555</sup>. Il ne s'agit pas de retirer automatiquement toute possibilité de consentement aux personnes présentant certaines déficiences. Les juges devront, au contraire, apprécier le contexte au sein duquel la sexualité s'est exercée<sup>1556</sup>. Ainsi, la vulnérabilité des personnes<sup>1557</sup> doit revêtir une certaine importance pour être caractérisée. Pour que tel soit le cas, il sera nécessaire de dévoiler l'aspect déterminant de cet état par une appréciation doit être *in concreto*.

**411. L'exemple du mineur consentant.** Afin d'illustrer les limites posées par la capacité à consentir, l'exemple du mineur paraît être le plus éloquent. En effet, l'une des barrières usuellement dressées contre le libre exercice de la sexualité relève de la capacité du mineur à consentir. La protection de la minorité est ainsi une valeur sociale à part entière qui justifie en tant que telle certaines infractions : l'atteinte sexuelle<sup>1558</sup>, la corruption de mineur<sup>1559</sup>, la

---

<sup>1554</sup> Sur la sexualité des personnes handicapées et les faiblesses du droit pénal, voir : N. DEFFAINS ET B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010 ; G. FERREOL ET S. MAURICE (dir.), *Handicap et sexualité*, EME éditions, 2017 ; A. GIAMI, B. PY ET A.-M. TONIOLO (dir.), *Des sexualités et des handicaps. Questions d'intimité*, PU de Nancy, 2013 ; M. NUSS (dir.), *Handicaps et sexualités : Le livre blanc*, Dunod, 2008 ; B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 179 s. ; S. SELLAMI, *La sexualité des personnes handicapées*, PU de Nancy, 2018 ; A. DUPRAS, « Les droits sexuels des personnes en situation de handicap : entre uniformité et diversité », *Sexologie*, juillet – septembre 2015, vol. 24, p. 128 s. ; D. KATZ, « Peut-on interdire les relations sexuelles aux patient d'un hôpital psychiatrique », *AJDA*, p. 115 s. ; C. LEGARDINIER, « Handicap : accompagnement sexuel ou prostitution ? », *Prostitution et Société*, n° 160, janvier-mars ; B. PY, « Handicap, vers un droit à l'accompagnement sexuelle ? Même pas en rêve... », in A. GIAMI ET B. PY, « De l'assistance sexuelle à l'accompagnement érotique des personnes en situation de handicap », *Sexologie*, juillet – septembre 2015, vol. 24, p. 134 s. ; J.-B. THIERRY, « Libre propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », in N. DEFFAINS ET B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010.

<sup>1555</sup> CAA Bordeaux, 6 novembre 2012, requête n° 11BX01790 (cet arrêt annule le jugement ayant rejeté la requête d'une personne sous curatelle cherchant à obtenir l'abrogation d'une disposition du règlement intérieur d'un centre hospitalier interdisant d'une manière générale et absolue les relations de nature sexuelle dans les chambres ; l'arrêt se fonde sur les articles 8 de la CEDH et 9 du Code civil).

<sup>1556</sup> De plus, si la jurisprudence venait à considérer que la prostitution ne porte pas atteinte aux bonnes mœurs protégées par l'article 6 du Code civil, le droit commun permettrait de protéger les majeurs protégés. Le contrat de travail est considéré comme un acte d'administration si bien qu'en présence d'une tutelle, le tuteur représentera seul le majeur dans la conclusion du contrat et qu'en cas de curatelle, le curateur assistera le majeur. En effet, la Cour de cassation considère que le contrat de travail conclu par un majeur sous une curatelle renforcée, en qualité d'employeur, constitue un acte pour lequel l'assistance d'un curateur est nécessaire, car il s'agit d'un acte engageant le patrimoine (Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 2006, n° 04-13.198, *Bull. civ. I*, n° 427 ; *JCP* 2007. II. 10096, note GEFROY ET NISSABOURI ; *D.* 2008. 313, obs. LEMOULAND ET PLAZY ; *AJ famille* 2006. 421, obs. PECAUT-RIVOLIER ; *RTD civ.* 2007. 99, obs. HAUSER ; *RJPF* 2007-1/11, note PANSIER). Par ailleurs, comme le précise F. MARCHADIER : « Il n'est pas certain cependant que la solution ne vaille que dans l'hypothèse d'une curatelle renforcée, la jurisprudence manquant de clarté sur ce point en matière de curatelle simple » (F. MARCHADIER, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Majeur protégé, mai 2021). Par ailleurs, en présence d'une opposition entre le majeur et la personne chargée de l'assister ou le représenter, le juge sera saisi pour trancher le litige.

<sup>1557</sup> Selon l'article 223-15-2 du Code pénal, la personne vulnérable est définie comme étant la personne « dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ».

<sup>1558</sup> Article 227-25 du Code pénal.

<sup>1559</sup> Article 227-22 du Code pénal.

proposition sexuelle faite à un mineur de quinze ans<sup>1560</sup>... Pourtant, toujours dans une démarche d'optimisation, il est essentiel de ne pas faire valoir la minorité en tant que valeur sociale protégée<sup>1561</sup>, mais en tant que limite à la capacité de consentir. Présumer l'absence de consentement ne doit pas émaner de l'image que nous nous faisons du mineur, mais du manque de recul dont il dispose pour consentir.

À l'instar du droit civil, il existe en droit pénal des *incapacités*, ou tout du moins, des présomptions irréfragables d'absence ou de vice du consentement<sup>1562</sup>. Cependant, l'âge légal n'est pas toujours équivalent. Au sein même de l'atteinte sexuelle, le seuil d'âge varie de quinze à dix-huit ans selon que majeur est ou non un ascendant ou une personne exerçant une autorité de droit ou de fait. La prostitution<sup>1563</sup> ou la corruption des mineurs<sup>1564</sup> se fondent quant à elles sur la majorité légale, à savoir dix-huit ans. La distinction entre les seuils d'âge concernant les infractions sexuelles tient sans doute au fait que l'exercice d'une relation sexuelle avec un majeur est plus courante et plus acceptée que la prostitution d'un mineur qui le conduirait très tôt à utiliser la sexualité comme un moyen. En effet, l'article L. 4153-8 du Code du travail dispose qu'« il est interdit d'employer des travailleurs de moins de dix-huit ans à certaines catégories de travaux les exposant à des risques pour leur santé, leur sécurité, leur moralité ou excédant leurs forces ». L'article D. 4153-16 du même Code précise quant à lui qu'« il est interdit d'affecter les jeunes à des travaux les exposant à des actes ou représentations à caractère pornographique ou violent ». En raison des risques pour le mineur, toute activité à caractère violent ou pornographique est prohibée. Le client serait d'ailleurs considéré comme un agresseur sexuel<sup>1565</sup>. Le Code pénal tend à réprimer ceux qui ignoreraient ces risques et n'hésiteraient pas à mettre en danger un individu mineur.

Il est également envisageable de considérer que la différence d'âge propre à l'atteinte sexuelle soit liée à la conception même de cette infraction qui, finalement, ne se fonderait pas sur une présomption de consentement vicié. Selon les termes de l'incrimination, il ne s'agit pas tant de déduire de l'âge du mineur un consentement vicié, que de punir l'auteur d'un acte immoral<sup>1566</sup>. Si le consentement était considéré vicié, pourquoi ne pas punir l'individu pour viol ou agression sexuelle ? La confusion entre ces différentes infractions se confirme au regard de l'article 222-

---

<sup>1560</sup> Article 227-22-1 du Code pénal.

<sup>1561</sup> Livre II, Titre II, Chapitre VII, Section 5 : « De la mise en péril du mineur ».

<sup>1562</sup> X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 129 s.

<sup>1563</sup> Article 225-12-1 du Code pénal.

<sup>1564</sup> Article 227-22 du Code pénal.

<sup>1565</sup> Article 222-23-1 du Code pénal (viol) et article 222-29-2 du Code pénal (agression sexuelle).

<sup>1566</sup> Voir *supra* n° 192.

22-1 du Code pénal qui définit la contrainte<sup>1567</sup>. En liant la contrainte au jeune âge de l'enfant ou à l'écart d'âge entre les deux protagonistes, le législateur a opté pour une position intermédiaire, peu confortable et peu satisfaisante. Aussi, son intervention au sein de la loi du 21 avril 2021<sup>1568</sup> et l'extension du viol et de l'agression sexuelle à la relation entre un mineur de quinze ans et un majeur de cinq ans son aîné<sup>1569</sup>, permet d'affirmer l'existence d'un consentement vicié du mineur. Toutefois, en laissant pré-exister l'atteinte sexuelle en tant que filet de sécurité moral, le législateur apparaît incohérent. Si cela peut paraître cohérent, il est peu probable que l'atteinte sexuelle ne soit là que par transition, pour les infractions commises avant la loi du 21 avril 2021.

En adoptant les effets du consentement concernant les infractions sexuelles, il serait tout d'abord préférable de dépénaliser l'atteinte sexuelle qui s'applique à punir l'immoralité du majeur indépendamment du consentement du mineur. Puis, l'usage raisonné du consentement permissif conduirait à s'interroger sur la capacité du mineur à consentir à une relation sexuelle avec un majeur. Il serait intéressant de fixer un âge en deçà duquel les mineurs ne pourraient avoir une relation sexuelle avec un majeur du fait de leur incapacité à consentir. Cette démarche semblait s'inscrire dans des perceptions contemporaines puisque l'article 222-22-1 alinéa 3 du Code pénal dispose 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 ». Il s'agissait d'une première étape en vue de faciliter la preuve du non-consentement sans pour autant revenir *stricto sensu* à une présomption de non-consentement. De plus, la rédaction de l'article laisse perplexe. « Le texte n'exige-t-il pas que soit rapportée une double preuve, celle du défaut de *discernement nécessaire pour consentir (à l'acte sexuel)* (on se demande alors comment...) et, surtout, celle de *l'abus de la vulnérabilité* qui en ressortirait ? Autant de questions, donc, auxquelles le Sénat devra répondre »<sup>1570</sup>. Cette volonté a été entièrement confirmée par la loi du 21 avril 2021<sup>1571</sup>, dont l'esprit est pénétrant mais les conséquences indécises.

---

<sup>1567</sup> CH. GUERY, « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ Pénal* 2010, p. 126 s. ; L. SAENKO, « Les agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans ou les vicissitudes de non-consentement présumé », *D.* 2018, p. 1200 s.

<sup>1568</sup> Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO* du 9 février 2010.

<sup>1569</sup> Article 222-23-1 du Code pénal (viol) et article 222-29-2 du Code pénal (agression sexuelle)

<sup>1570</sup> L. SAENKO, « Les agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans ou les vicissitudes de non-consentement présumé », art. préc., spéc. p. 1201.

<sup>1571</sup> Loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, *JO* du 9 février 2010.

**412. Présumer l'absence de consentement.** Fixer légalement un âge est toujours complexe car il porte nécessairement en lui une part d'arbitraire<sup>1572</sup>. Toutefois, en vue de favoriser la stabilité de la loi pénale, ce choix semble opportun. Comme le souligne J.-C. SAINT-PAU, « l'arbitraire légal fait obstacle à l'arbitraire judiciaire »<sup>1573</sup>. De plus, un bref aperçu des législations des pays voisins confirme l'intérêt d'un tel choix. En Allemagne, en Angleterre et au Pays de Galles, en Autriche, en Belgique, au Danemark, en Espagne, en Suisse et aux États-Unis, tout acte de pénétration commis sur un mineur constitue une infraction si le mineur n'a pas atteint un certain âge. Celui-ci varie d'un pays à l'autre. La limite est fixée à 12 ans en Espagne et aux États-Unis, à 14 ans en Allemagne, en Autriche et en Belgique, à 15 ans au Danemark et à 16 ans en Angleterre et au Pays de Galles ainsi qu'en Suisse<sup>1574</sup>.

Ainsi, l'atteinte sexuelle pourrait être absorbée par le viol ou l'agression sexuelle en fixant une présomption simple d'absence de consentement pour tout mineur de treize ans, tout en conservant la potentielle autorité de droit ou de fait prévue par l'atteinte sexuelle dans la caractérisation de la contrainte, élément constitutif des agressions sexuelles<sup>1575</sup>. Si la question du seuil est toujours discrétionnaire, peut-être faudrait-il la rendre cohérente. Les mineurs peuvent en effet faire l'objet d'une peine dès l'âge de treize ans<sup>1576</sup>. Puisqu'un mineur peut se voir prononcer une peine de réclusion pour viol dès l'âge de treize ans, il convient donc de proposer qu'il puisse également consentir à un acte charnel dès cet âge. Par ailleurs, ce choix apparaît d'autant plus opportun que l'ordonnance du 11 septembre 2019<sup>1577</sup> établit une

---

<sup>1572</sup> Sur la question voir notamment : C. DUBOIS et M. BOUCHET, « Réflexion sur les seuils d'âge en droit pénal de fond », *D.* 2018, p. 1268 s. ; D. GERMAIN, « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *RCS* 2011, p. 817 s.

<sup>1573</sup> J.-C. SAINT-PAUL, « Le mineur victime d'une infraction pénale », in C. RIBEYRE, *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 81 s., spéc. p. 84.

<sup>1574</sup> Note de synthèse effectuée par le Sénat : [https://www.senat.fr/lc/lc21/lc21\\_mono.html#toc0](https://www.senat.fr/lc/lc21/lc21_mono.html#toc0) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1575</sup> Selon le Défenseur des droits : « Une réponse législative hâtive à l'actualité judiciaire récente, dans un contexte très émotionnel, serait à l'opposé de ce que les enjeux exigent. Rappelons que l'urgence de légiférer n'est pas en l'espèce justifiée par l'existence d'un vide juridique qui ne permettrait pas d'apporter une réponse pénale aux actes de nature sexuelle commis au préjudice d'un mineur » (J. TOUBON, Avis du Défenseur des droits n° 17-13 du 30 novembre 2017). Certes, il ne s'agit pas là d'une modification fondée sur le principe de nécessité qui exigerait nécessairement l'existence d'un vide juridique. Cet aménagement des agressions sexuelles et la disparition de l'atteinte sexuelle s'explique par la volonté de replacer l'individu et son consentement au centre des infractions sexuelles.

<sup>1576</sup> Article L11-4 de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, *JO* du 13 septembre 2019 : « Aucune peine ne peut être prononcée à l'encontre d'un mineur de moins de treize ans ».

<sup>1577</sup> Article L11-1 de l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, *JO* du 13 septembre 2019 : « 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 ».

présomption de non-discernement pour les mineurs de treize ans<sup>1578</sup>. De même, le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes préconise ce même seuil d'âge<sup>1579</sup>. L'article L. 11-1 du nouveau Code dispose 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. Les mineurs de moins de 13 ans sont présumés ne pas être capables de discernement. Les mineurs âgés d'au moins 13 ans sont présumés être capables de discernement ». Ce seuil permet également de respecter l'article 40.3 de la Convention internationale des droits de l'enfant (CIDE)<sup>1580</sup>. Cet âge a aussi été proposé au sein de la récente proposition de loi visant à protéger les mineurs des crimes sexuels puisque ce texte propose de criminaliser tout acte de pénétration sexuelle entre un mineur de treize ans et un majeur<sup>1581</sup>. Néanmoins, le législateur a finalement repris l'âge de quinze ans au sein du texte tout en imposant un écart de cinq ans avec l'auteur majeur. Une nouvelle fois, il s'agit là d'un choix discrétionnaire qui ne dépend que des sensibilités. Pour autant, il conviendra ici de faire prévaloir l'âge de treize ans du mineur. Ce dernier est à la fois cohérent et proche d'une certaine réalité. En effet, le Rapport d'information du Sénat affirme que cet âge de quinze ans est apparu disproportionné pour « nombre de personnes entendue par le groupe de travail »<sup>1582</sup>.

**413. Une seuil d'âge à instaurer.** Par ailleurs, il est permis de craindre que ce seuil d'âge induise une limite et que les juridictions ne reconnaissent plus l'existence d'une contrainte au-delà de treize ans<sup>1583</sup>. Pourtant, juridiquement cela n'empêchera en aucun cas la caractérisation du viol ou de la contrainte si la violence, menace, contrainte ou surprise est caractérisée. Il

---

<sup>1578</sup> Cette présomption permet également de se conformer aux engagements internationaux, tels que ceux prévus par l'article 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant qui impose « d'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale ». Sur le discernement et les seuils d'âge du mineur voir notamment B. MARRION, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse, Nancy 2, 2010, p. 59 s. ; V. PETEREAU-MAHRACH, *Le discernement des mineurs : étude de droit civil et de droit pénal*, Thèse, Poitiers, 2004, p. 133 s. ; PH. BONFILS et L. BOURGEOIS-ITIER, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Enfance délinquante, juin 2021, n° 164 s. ; Ph. BONFILS, « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges Gassin*, 2007, PUAM, p. 97 s. ; CH. LAZERGES, « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414 s. ; X. PIN, « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.* 2012, p. 5 s.

<sup>1579</sup> Disponible sur : [http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce\\_avis\\_viol\\_2016\\_10\\_05-2.pdf](http://www.haut-conseil-egalite.gouv.fr/IMG/pdf/hce_avis_viol_2016_10_05-2.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021)

<sup>1580</sup> « Les États parties s'efforcent de promouvoir l'adoption de lois, de procédures, la mise en place d'autorités et d'institutions spécialement conçues pour les enfants suspectés, accusés ou convaincus d'infraction à la loi pénale, et en particulier : a) D'établir un âge minimum au-dessous duquel les enfants seront présumés n'avoir pas la capacité d'enfreindre la loi pénale ». Toutefois, selon PH. BONFILS « le seuil souple du discernement n'est pas en contradiction avec la CIDE, car il constitue bien un seuil de responsabilité, et parce que la responsabilité pénale est progressive » (PH. BONFILS, « Réforme de la justice des mineurs », *D.* 2019, p. 984 s.)

<sup>1581</sup> Proposition de loi du 21 janvier 2021 n° 46 visant à protéger les mineurs des crimes sexuels.

<sup>1582</sup> M. MERCIER, Rapport d'information du Sénat n° 289 du 7 février 2018 destiné à protéger les mineurs victimes d'infractions sexuelles, fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 février 2018, spéc. p. 81.

<sup>1583</sup> M. MERCIER, Rapport d'information du Sénat n° 289 du 7 février 2018, préc. cit., spéc. p. 82.

s'agira donc d'exprimer l'intérêt probatoire de ce seuil d'âge de façon claire et précise pour éviter que celui-ci ne devienne contreproductif. Ce seuil n'aura pas pour effet d'annihiler la caractérisation de l'infraction lorsque le mineur aura plus de treize ans. Au contraire, il aura avant tout pour objet de protéger le mineur lorsqu'il n'atteindra pas cet âge, au regard de sa capacité à consentir à la relation.

Toutefois, le Conseil constitutionnel n'a admis que de manière très limitée la possibilité d'instituer des présomptions, même simples, en matière pénale. Dans sa décision du 16 juin 1999, le Conseil constitutionnel a indiqué : « si en principe le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive, 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 »<sup>1584</sup>. De même, le Conseil d'État s'était prononcé en défaveur d'une telle présomption, affirmant que celle-ci serait difficilement compatible avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>1585</sup>. Pour que la présomption soit admise, il ne devait pas s'agir d'une présomption irréfragable et elle devait garantir les droits de la défense, d'autant plus que nous nous situons en matière criminelle. Néanmoins, la constitutionnalité d'une telle présomption n'est pas discutable car celle-ci ne fait que clarifier des règles préexistantes. Par ailleurs, en limitant cette présomption simple à une relation entre un majeur et un mineur, éviterait une situation délicate qui consisterait à présumer l'existence d'un viol entre un mineur de douze ans et un mineur de quatorze ans. De plus, cette présomption existe déjà au sein de l'atteinte sexuelle. Il semble peu probable que le Conseil constitutionnel refuse cette protection clarifiée des mineurs, d'autant plus qu'il s'agit d'une présomption simple.

**414. Le refus d'une infraction générique.** Il aurait également été possible d'établir une infraction générique afin d'échapper à l'inconstitutionnalité d'une présomption irréfragable. Ainsi, C. HARDOUIN-LE GOFF propose d'incriminer « le fait pour un majeur de commettre volontairement sur la personne d'un mineur de 13 ans, alors même qu'il a connaissance de cet âge ou ne pouvait l'ignorer, un acte de nature sexuelle fait encourir une peine de... En cas de

---

<sup>1584</sup> Cons. const. 16 juin 1999, DC n° 99-411, *JO* du 19 juin 1999.

<sup>1585</sup> CE, 15 mars 2018, n° 394437. Dans cet avis relatif au projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes il affirme que pour qu'une présomption de non consentement « 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 ».

pénétration sexuelle, de quelque nature qu'elle soit, commis sur la personne d'un mineur de 13 ans, la peine maximale encourue est de... de réclusion criminelle »<sup>1586</sup>. Récemment, l'extension du viol et de l'agression sexuelle adhère à cette volonté et pénalise l'infraction de façon autonome sans s'épancher sur la notion de consentement<sup>1587</sup>. Cela revient finalement à criminaliser l'atteinte sexuelle afin de garantir une répression effective de ces comportements. Par ailleurs, ce texte conduit à présumer irréfragablement l'absence de consentement du mineur de quinze ans. Or, cette intervention ne saurait être satisfaisante car elle repose sur un rejet *ipso facto* du consentement du mineur, renouant avec une certaine normalité qui tente de débusquer l'immoralité du majeur. Si les conséquences sont convenables, le cheminement contredit notre raisonnement antérieur. Le fait que le majeur soit poursuivi pour viol ou agression sexuelle dans leur sens commun signifie que le mineur n'est pas capable de consentir pleinement. Cette absence de consentement conduit à caractériser la contrainte ou la surprise. Instaurer une infraction autonome est de toute évidence hypocrite. Reste à savoir si les Sages feront mines d'être dupes. Cette présomption irréfragable de non consentement qui n'en porte pas le nom bafoue certaines de nos libertés fondamentales, notamment les droits de la défense. Aussi, les articles 222-23-1 et 222-29-2 du Code pénal doivent disparaître.

**415. Élément constitutif et circonstance aggravante.** Enfin, une ultime crainte risque d'apparaître concernant la constitutionnalité d'un tel seuil, au regard de la circonstance aggravante relative à l'âge de la victime. Rappelons que l'article 222-22-1 du Code pénal a été considéré conforme à la Constitution car la définition de la contrainte fondée sur l'âge du mineur n'apparaissait que comme une possibilité d'interprétation<sup>1588</sup>. De plus, en raison de l'incompatibilité par superposition, l'âge du mineur ne pourra pas être à la fois un élément constitutif de l'infraction et une circonstance aggravante. Au regard du principe *non bis in idem*, « un même fait ne peut être retenu comme constitutif à la fois d'un crime ou d'un délit et d'une circonstance aggravante accompagnant une autre infraction »<sup>1589</sup>.

De fait, cette présomption de non-consentement pour les mineurs de treize ans pourrait être formulée ainsi à l'article 222-22-1 alinéa 3 :

---

<sup>1586</sup> C. HARDOUIN-LE GOFF, « Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénal retrouve sa fonction expressive et que la fixation d'un seuil d'âge devient constitutionnellement possible », art. préc.

<sup>1587</sup> Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, *JO* du 22 avril 2021 ; Article 222-23-1 du Code pénal (viol) et article 222-29-2 du Code pénal (agression sexuelle).

<sup>1588</sup> Cons. const. 6 février 2015, DC QPC n° 2014-448, *JO* du 8 février 2015

<sup>1589</sup> Cass. crim. 14 février 1990, n° 89-83191 ; Cass. crim. 6 janvier 1999, n° 98-80.730.

« Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de treize ans par un majeur, la contrainte morale ou la surprise sont présumées ».

Enfin, au-delà de la capacité à consentir, certaines conditions méritent que l'on y prête attention.

**416. Les conditions liées au consentement permissif.** Outre la capacité à consentir, le consentement lui-même doit revêtir certaines caractéristiques. Tout d'abord, comme tel est déjà le cas en matière de consentement permissif, ce dernier doit évidemment être antérieur ou concomitant à l'infraction. De fait, il ne sera pas possible d'exclure ou de justifier la constitution de l'infraction par un consentement postérieur à l'acte. D'autre part, l'intégrité du consentement doit être établie. Le consentement devra être libre et éclairé pour être valable. Il ne s'agit pas de faire le bon choix mais seulement de l'avoir fait en absence d'erreur, de dol ou de violence et en connaissance de cause<sup>1590</sup>. Ces éléments doivent être appréciés *in concreto*.

Concernant la forme du consentement, *a priori*, il n'en existe aucune. Le consentement pourrait même être tacite. En effet, pas besoin d'un écrit particulier pour entretenir une relation sexuelle. Toutefois, en droit médical, il arrive également qu'un écrit soit exigé<sup>1591</sup> notamment en raison des atteintes portées à l'intégrité physique de la personne, afin de s'assurer qu'elle connaît tous les risques intrinsèques à l'opération. Aussi, en matière sexuelle, certaines pratiques pourraient faire exception à cette absence de formalisme. Il peut être envisageable d'étendre cette nécessité de formalisme en exigeant un consentement « libre, éclairé et, le cas échéant, écrit de l'intéressé »<sup>1592</sup>. Une telle démarche serait alors exigée par certaines pratiques qui pourraient, à l'instar du droit médical, porter atteinte à l'intégrité physique de la personne. Le législateur exigerait que les pratiques sadomasochistes de certains clubs nécessitent un consentement écrit dont l'absence pourrait être pénalement sanctionnée. De plus, l'intérêt du consentement en matière sexuelle réside également dans la possibilité de le retirer<sup>1593</sup>. Il serait alors envisageable que ce formalisme exige d'établir un moyen de manifester le retrait de son consentement. Néanmoins, il appert impensable d'obliger un tel écrit lorsque la relation se déroule dans

---

<sup>1590</sup> Sur l'appréciation de ces éléments voir X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 136 s.

<sup>1591</sup> Le consentement préalable des personnes sur lesquelles sont effectuées des études de leurs caractéristiques génétiques est recueilli par écrit dans les conditions fixées par la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994, relative au respect du corps humain, *JO* du 30 juillet 1994. À titre d'exemple consentir à une expérimentation nécessite un accord écrit de la personne, voir P. MISTRETTA, *Droit pénal médical*, LGDJ, 2019, p. 274.

<sup>1592</sup> Article 223-8 du Code pénal.

<sup>1593</sup> Voir *supra* n° 398.



l'intimité des chambres à coucher de façon informelle. Dans ce cas, le domaine de la preuve rejoindra son cadre ordinaire, exempt d'un quelconque formalisme.

Au-delà des éléments nécessaires à l'efficacité du consentement permissif en matière sexuelle, il est essentiel de s'attarder sur les éléments probatoires de ce dernier.

## *2. Les conditions de preuve*

**417. L'affirmation de la liberté de la preuve.** Étendre le rayonnement du consentement permissif induit nécessairement de s'attarder sur la question de sa preuve. À cet égard, il est cohérent de reprendre les règles de droit commun en matière pénale<sup>1594</sup> en vue de les appliquer au domaine des infractions sexuelles. En application du droit commun, la preuve serait donc libre. Cette liberté se manifeste de deux façons. Tout d'abord, la personne qui en a la charge pourrait produire tout élément de preuve qui lui semble opportun. Par ailleurs, l'affirmation de cette liberté consiste aussi à reconnaître au juge le droit d'admettre une preuve selon son intime conviction. Ces deux volets se retrouvent à l'article 427 du Code de procédure pénale qui rappelle que, « hors les cas où la loi en dispose autrement, les infractions peuvent être établies par tout mode de preuve et le juge décide d'après son intime conviction ». Ainsi, la preuve du consentement à la relation sexuelle, quelle que soit sa nature, devrait pouvoir être démontrée et appréciée librement.

**418. Le retour de la crainte d'inquisition des consciences.** La preuve du consentement est l'une des étapes les plus redoutées car il semble possible d'y voir un contrôle intrusif dans la vie personnelle des individus<sup>1595</sup>. « Paradoxalement, en refusant de juger les comportements au motif du respect de l'autonomie personnelle, on prend donc le risque de juger les personnes elles-mêmes, d'apprécier le caractère raisonnable ou non de leurs pensées, d'évaluer leur force ou leur faiblesse face aux sollicitations extérieures »<sup>1596</sup>. Cependant, si certains redoutent l'évaluation du consentement, il ne faut pourtant pas trop s'en inquiéter. Bien que la question soit complexe, les magistrats opèrent déjà un tel sondage concernant le viol ou l'agression

---

<sup>1594</sup> Voir J. BUISSON, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Preuve, octobre 2020, n° 46 s.

<sup>1595</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2008, n° 48, p. 10.

<sup>1596</sup> A.-G. ROBERT, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », art. préc., spéc. p. 656.

sexuelle. L'extension du consentement permissif ne modifiera pas l'évaluation à laquelle les magistrats sont déjà habitués. Certes, un tel contrôle est délicat, toutefois, il n'en demeure pas moins envisageable. Il existe néanmoins des perspectives d'amélioration dans la prise en charge de la victime et de l'auteur d'infractions sexuelles qui permettraient de compléter cette extension du consentement et de lutter contre le silence dévastateur<sup>1597</sup>.

**419. Le rejet des présomptions de consentement.** S'il apparaît essentiel de présumer, dans certaines circonstances, l'absence de capacité à consentir<sup>1598</sup>, il demeure en revanche impensable de présumer de la réalité du consentement. En effet, l'appréciation du consentement doit demeurer objective. Il ne s'agira pas de tomber dans le piège des présomptions dont l'évolution du droit pénal nous enseigne la dangerosité. Rappelons que durant longtemps les relations sexuelles entre époux étaient présumées, en dépit des termes de l'article 332 de l'ancien Code pénal qui ne prévoyait aucune spécificité propre aux conjoints. Malgré cette absence de présomption légale, la doctrine<sup>1599</sup> et la jurisprudence<sup>1600</sup> considéraient que les violences sexuelles exercées par le mari sur sa femme ne pouvaient constituer un viol en raison d'une présomption quasi irréfragable du consentement de l'épouse. Selon la jurisprudence, il s'agissait en effet d'« une des fins légitimes du mariage »<sup>1601</sup>, « conforme à l'ordre de la nature »<sup>1602</sup>. En 1992, cette conception s'est, fort heureusement, assouplie et la chambre criminelle a estimé que « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie privée conjugale ne [valait] que jusqu'à preuve contraire »<sup>1603</sup>, ce qui fut confirmé par la CEDH<sup>1604</sup>. Ce revirement de jurisprudence et l'impulsion européenne ont conduit le législateur à ajouter à l'article 222-22 du Code pénal un deuxième alinéa qui précisait que « le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime [...] quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Dans ce cas, la

---

<sup>1597</sup> Voir *infra* n° 502 s.

<sup>1598</sup> Voir *supra* n° 410 s.

<sup>1599</sup> É. GARÇON, *Code pénal annoté*, Tome II, Sirey, 1956.

<sup>1600</sup> Cass. crim. 19 mars 2010, *Bull. crim.* n° 153.

<sup>1601</sup> Cass. crim. 19 mars 2010, *Bull. crim.* n° 153.

<sup>1602</sup> Cass. crim. 19 mars 2010, *Bull. crim.* n° 153.

<sup>1603</sup> Cass. crim. 11 juin 1992, n° 91-86.346, *JurisData* n° 1992-001731 ; *Bull. crim.* n° 232 ; *D.* 1993, p. 117, note M.-L. RASSAT ; *JCP G* 1993, II, 22043, note T. GARE ; *RSC.* 1993, p. 330, obs. G. LEVASSEUR ; *D.* 1993, somm. p. 13, obs. G. AZIBERT ; *JCP G* 1993, I, 3641, n° 3, obs. M. VERON.

<sup>1604</sup> CEDH 22 novembre 1995, n° 335-C et 335-B, *CR et SW c/ Royaume-Uni* ; *RSC* 1996, p. 473, obs. KOERING-JOULIN et P. NUSS ; *Gaz. Pal.* 1997, 2, doct. p. 945 ; J.-M. BRUGUIERE, *D.* 2000, chron. p. 10.

présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve du contraire ».

Néanmoins, en raison de l'intimité d'un tel comportement, il semblait difficile de rapporter la preuve contraire. Partant, la loi du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants<sup>1605</sup>, a finalement supprimé cette présomption. Les rapports parlementaires soulignent d'ailleurs le fait que cette précision était « non seulement devenue inutile » mais également « inopportune sur un plan symbolique »<sup>1606</sup>. L'aspect expressif du droit pénal est une fois de plus mis en lumière. Désormais le mariage ne permet plus de présupposer l'existence d'un consentement aux rapports sexuels<sup>1607</sup>.

Par ailleurs, il semble intéressant de souligner qu'instaurer une présomption de consentement dépend peu ou prou d'un point de vue moral. Ce mécanisme suppose que dans un monde idéal, un couple marié se doit d'avoir des relations sexuelles. Les présomptions réintègrent un raisonnement fondé sur les mœurs. Aussi, il ne s'agira pas de recréer cette dynamique de présomption dont le droit pénal semble avoir eu du mal à se défaire. Le consentement à une relation sexuelle doit pouvoir être prouvé par tout moyen, sans pour autant le présumer.

**420. Conclusion de la Section 2.** Si le droit pénal contemporain est loin d'ignorer l'existence et la consistance du consentement, son utilisation reste hasardeuse. Tributaire de choix politiques tendant à considérer que tel comportement relève davantage d'une atteinte à la dignité ou à la minorité plutôt qu'à l'intégrité, le consentement semble vidé de sa substance. La distinction entre le consentement exclusif et le consentement justificatif ne tient qu'aux couleurs de la morale. Il était nécessaire de s'extirper de ces valeurs sociales qui, dans la majorité des cas, se superposent et se cumulent. Ce recul a permis d'examiner le consentement avec davantage de hauteur afin d'envisager son extension à tous les comportements sexuels. Ce déploiement du consentement permissif, dont la nature justificative ou exclusive importe peu une fois la distinction entre les valeurs sociales disponibles et indisponibles remise en question, puisqu'il se fonde sur le caractère intime des infractions sexuelles. L'individu doit rester au

---

<sup>1605</sup> Loi n° 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, *JO* du 10 juillet 2010.

<sup>1606</sup> F. PILLET, Rapport d'information du Sénat n° 564 (2009-2010) du 17 juin 2010, fait au nom de la commission des lois.

<sup>1607</sup> Sur le sujet voir notamment V. T. BESSE, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », *RSC* 2018, p. 21 s.

centre de sa sexualité. De plus, la possibilité de changer d'avis et de revenir sur un consentement préalablement donné permet de rassurer quant à cette extension. Il s'agit d'un élément fondamental qui permet d'envisager sans crainte cette proposition car les conséquences d'un tel accord seront inévitablement réversibles. Ainsi, la façon dont celui-ci s'exercerait a pu être appréhendée, notamment concernant la prostitution et l'atteinte sexuelle. Enfin, élargir le domaine d'application du consentement nécessitait de s'interroger sur son appréciation matérielle. Afin que le consentement s'exprime au mieux, il devait impérativement être entouré de règles cohérentes et stables de nature à apprécier son efficacité et ses modalités probatoires. Au terme de ces développements, le déploiement du consentement permissif apparaît à la fois possible et souhaitable. Dans cette quête de rationalisation, l'intérêt de cet instrument ne fait désormais plus aucun doute.

**421. Conclusion Chapitre 1.** S'échapper de l'influence des mœurs n'est pas une tâche aisée. Diffuse et subtile, la morale agit insidieusement sur la matière pénale au point d'en faire vaciller sa force et son sens. Vitrines de cette influence, les incriminations sont les premiers réceptacles des croyances subjectives. Aussi, il était impératif de proposer des moyens de rationaliser le rayonnement des mœurs sur les infractions. Envisager la reconquête des mœurs par le droit pénal a tout d'abord nécessité de s'extirper de nos propres convictions. Il ne s'agissait pas d'opposer de la partialité à la partialité, mais au contraire, de faire reposer notre raisonnement sur des outils juridiques, garants d'une certaine stabilité.

À ce titre, après quelques ajustements primordiaux, le principe de nécessité et l'extension du consentement permissif se sont imposés. En effet, le principe de nécessité demeure un principe vaporeux. Inconsistant du fait de son absence de définition, l'article 8 de la DDHC n'est pratiquement jamais retenu pour faire échec à l'adoption d'une nouvelle incrimination. Il était donc essentiel de le définir par le biais de conditions cumulatives strictement établies. Suite à cela, la caractérisation du principe de nécessité permettait son exploitation matérielle et tendait à limiter l'influence de la morale sur le droit.

Par la suite, le consentement permissif a induit un second filtre de nature à défaire le droit pénal des bonnes mœurs. Néanmoins, la conception du consentement devait être repensée afin de ne plus le laisser tributaire de valeurs prétendument disponibles ou indisponibles qui ne cessent de démontrer leur vacuité. Seule la nature des incriminations permet de déterminer la place et la fonction du consentement. La nature objectivement sexuelle de certains comportements

nécessite l'application du consentement permissif puisqu'il s'agit de l'aspect le plus intime de la vie des individus. Il paraît donc opportun de les placer au centre de leur sexualité. Par ailleurs, le caractère réversible de ce consentement permet d'envisager sans crainte cette extension. Enfin, la valorisation du consentement incitait à s'interroger sur son application matérielle, la capacité à consentir, les preuves du consentement ou encore les présomptions de consentement. Ces éléments ont ainsi permis de proposer une application raisonnée de cet outil et d'envisager les effets concrets sur les infractions sexuelles. Encadré dans de strictes limites, l'extension du consentement permissif est alors apparue idoine à l'objectif poursuivi.

Cependant, l'influence des mœurs ne se limite pas aux incriminations. Le régime des infractions sexuelles dans leur ensemble est également victime de cette interférence. Aussi, la reconquête des mœurs par le droit pénal se doit à présent de rationaliser les effets de la morale sexuelle sur le régime des infractions sexuelles.

## Chapitre 2 – La rationalisation du régime des infractions sexuelles

**422. Des exceptions justifiées.** Si les infractions sexuelles connaissent un régime en tous points exceptionnel, seulement une partie de celui-ci nécessite d’être amendé. En effet, il est indéniable que certaines incriminations fondées sur les mœurs impliquent un régime adapté à leur mode de réalisation. À titre d’exemple, le développement du *darknet* et le glissement des infractions vers d’autres profondeurs incitent légitimement le législateur à modifier le droit commun<sup>1608</sup>. De même, l’extension de l’application de la loi pénale dans l’espace pour lutter contre le tourisme sexuel tend davantage à heurter des considérations diplomatiques que les libertés individuelles<sup>1609</sup>. La possibilité de recourir au huis clos est également justifié par la nature des faits<sup>1610</sup>. L’interdiction d’exercer une activité au contact de mineurs, désormais encourue à titre définitif, s’entend parfaitement<sup>1611</sup>. Ces exceptions apparaissent tout à fait opportune et ne sauraient être remises en question. Il ne s’agit pas de plaider en faveur d’un régime uniforme, indépendamment des particularités des infractions. Cependant, l’influence des mœurs sur le législateur l’a conduit à outrepasser certaines limites juridiques ou scientifiques.

**423. La raison absorbée par l’émotion.** Le législateur se retrouve happé par les revendications déconnectées de la rationalité juridique. Aussi, il appert essentiel de rationaliser ce qui apparaît le plus urgent. Sous l’effet de l’émotion, la raison disparaît. Influencé par les mœurs, le temps s’est étiré, dilaté puis déformé à tel point que la prescription de l’action publique ne semble être qu’un vague souvenir. Le soin, quant à lui, est également victime de cette recherche frénétique d’efficacité, en dépit de toute rationalité. Réduits à leurs actes, les

---

<sup>1608</sup> À cet égard, il convient de préciser que cette possibilité d’enquête sous pseudonyme prévue par l’article 706-47-3 du Code de procédure pénale visait les infractions contenues aux articles 227-18 à 227-24 du Code pénal. Désormais, ces possibilités d’enquête ont été généralisées pour toutes les infractions comme le dispose l’article 230-46 du Code de procédure pénale (Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* du 24 mars 2019, article 45).

<sup>1609</sup> Voir *supra* n° 133 s.

<sup>1610</sup> Article 306 du Code de procédure pénale.

<sup>1611</sup> Articles 227-31-1 et 222-48-4 du Code pénal.

auteurs d'infractions sexuelles sont conditionnés à ce qu'ils font, au point que cela détermine, de façon irréversible, qui ils sont.

**424. Annonce de plan.** Plaider en faveur d'une reconquête des mœurs par le droit pénal conduit nécessairement à reconsidérer cette influence considérable de la morale sur le régime des infractions sexuelles. En revenant sur le sens et les fondements de la prescription de l'action publique, il sera permis de proposer des moyens concrets tendant à rationaliser le temps (**Section 1**). Puis, en s'interrogeant sur l'usage de la dangerosité et sa matérialisation à travers les mesures de sûreté, un moyen tendant à améliorer les sanctions actuelles sera proposé (**Section 2**).

## **Section 1 – La rationalisation du temps**

**425. Une prescription incomprise.** Sous l'effet des mœurs, des voix des victimes et celle de l'opinion publique, la prescription de l'action publique<sup>1612</sup> progresse rapidement vers son tombeau. Sans relâche, elle est remise en question. Sans relâche, l'imprescriptibilité est réclamée. Si la prescription ne convainc guère et si elle cristallise les angoisses de l'impunité, c'est avant tout parce que ses fondements nous échappent. Difficile de répondre aux questions qui traversent la foule des citoyens et ne trouvent pas le repos.

**426. Des fondements déficients.** La prescription de l'action publique peine tant à s'imposer, car les fondements actuellement attribués à l'institution ne suffisent plus. La grande loi de l'oubli ne sait plus convaincre. Pourtant, ce n'est qu'à partir de la compréhension de ses fondements que pourra s'ériger un régime rationnel. Ce n'est qu'en étant persuadé du sens

---

<sup>1612</sup> A. MIHMAN, *Juger à temps, le juste temps de la réponse pénale*, refonte de la thèse *Contribution à l'étude du temps : pour une approche unie du temps et de la réponse pénale*, l'Harmattan, 2008, p. 118 ; C. COURTIN et J. R. DEMARCHI (dir.), *La réforme de la prescription pénale*, 2018, L'Harmattan ; J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG-EVANS et Y. LE GALL (dir.), *Prescription, amnistie et grâce en France*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2008 ; C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2005 ; J.-J. HYEST, H. PORTELLI et R. YUNG, Rapport d'information du Sénat n° 338 du 20 juin 2007, sur le régime des prescriptions civiles et pénales, pour un droit de la prescription moderne et cohérent, rapport d'information ; A. TOURRET et G. FENECH, Rapport d'information de l'Assemblée nationale n° 2778 du 20 mai 2015 sur la prescription en matière pénale ; J. DANET, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, 2014, n° 75, p. 86 s.

et de l'intérêt de la prescription de l'action que le législateur osera répondre autrement aux victimes et à l'opinion publique.

La redéfinition des fondements de la prescription de l'action publique (§ 1) est donc la condition *sine qua non* à sa juste application (§ 2).

## § 1 – Les fondements de la prescription de l'action publique repensés

**427. Des fondements aussi nombreux que fragiles.** Légitimer la prescription de l'action publique n'est pas une tâche aisée. Si l'intuition la considère nécessaire, la diversité des arguments en sa faveur sème le doute. Au fil des années et des auteurs, l'institution s'est enrichie de nombreux fondements s'articulant à travers des logiques qui leur sont propres. Pourtant, qu'elles soient morales, sociales ou techniques, les sources de ces justifications apparaissent fragiles et disparates. Cette abondance et cette diversité interroge ; à croire qu'aucun argument n'est suffisamment pertinent pour légitimer l'institution tout entière. Ainsi, « la variété et les nombres des fondements proposés ne trahissent-ils pas la difficulté que l'on éprouve à justifier une règle, dont on ressent intuitivement la nécessité, mais qui ne s'impose pas par un argument péremptoire »<sup>1613</sup>. Il s'agira de revenir sur les fondements de la prescription qui sont, de toute évidence, les causes de cette application insatisfaisante (A), en vue de les redéfinir (B).

### A. Des fondements surannés

**428. Le sens romantique de la prescription.** Afin de mieux comprendre et rationaliser le régime de la prescription de l'action publique propre aux infractions sexuelles, il est nécessaire de prendre un peu de hauteur. Si l'étude des fondements dépasse largement le cadre de ces infractions, c'est à partir de leur fragilité que s'est établi le régime exorbitant des infractions sexuelles. En la matière, les pressions extérieures ont été plus fortes que le sens de la prescription. Ainsi, afin de rationaliser l'usage qui est fait de l'institution en matière sexuelle, il est essentiel d'élargir l'angle de vue pour s'intéresser aux fondements de l'institution.

---

<sup>1613</sup> J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 8<sup>ème</sup> édition, 2013, p. 104 ; A. VARINARD, *La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse, Lyon 3, 1973, n° 17, p. 14.



Il est d'usage d'enraciner la prescription de l'action publique au sein de trois grands domaines. Cependant, attacher la prescription à l'oubli (1), à la sanction (2), ou à la preuve (3) demeure fragile et très rapidement, la faiblesse de ces fondements transparait.

1. *La prescription et l'oubli*

**429. L'oubli de l'opinion publique.** Traditionnellement, la prescription et l'oubli sont intimement liés. D'ailleurs, il arrive qu'elle soit qualifiée de *Grande loi de l'oubli*. Le principal argument qui gravite autour de cette notion consiste à affirmer qu'au fil des années, la tourmente se dissipe, les conséquences de l'infraction s'évanouissent et l'agitation collective disparaît. La prescription consacrerait juridiquement la fin du trouble à l'ordre public. Selon cette idée, l'institution serait essentielle car, en considérant que l'agitation a disparu, le déclenchement de l'action publique aurait pour unique effet la réouverture de blessures cicatrisées.

R. CREVEL affirmait que « de tous les hommes, les plus tristes et les plus malheureux m'apparaissent ceux qui naquirent doués des meilleures mémoires »<sup>1614</sup>. L'oubli apparaît ici comme une vertu et une nécessité, il permet d'avancer afin de ne pas ressembler au protagoniste de l'une des fables de BORGES, qui, faute d'oublier, rendit son esprit invalide<sup>1615</sup>. Le droit, à travers l'institution qu'est la prescription de l'action publique, interviendrait pour soulager les individus et sceller l'oubli supposé. Oublier serait alors rédempteur.

**430. L'oubli des victimes.** Parallèlement, l'oubli se manifeste sous une autre forme, celle de l'apaisement de la victime. Selon cet argument, passé un certain temps, la victime n'aurait plus besoin de réponse pénale. Au même titre que l'opinion publique, elle risquerait au contraire d'être tourmentée par la mise en œuvre de l'action publique qui n'aurait pour effet que de raviver d'anciennes blessures désormais cicatrisées. La victime n'aspirerait plus à être vengée, seulement à oublier.

**431. Un fondement fragile.** Fonder la prescription de l'action publique sur la notion d'oubli rencontre rapidement quelques limites. En effet, impossible de nier que nous évoluons dans une société hypermnésique. Défiant l'effet du temps, Internet peut faire ressurgir, bien des années

---

<sup>1614</sup> R. CREVEL, *Mémoire, l'ennemie, Mon corps et moi*, Le livre de poche, 1991, p. 51.

<sup>1615</sup> J.-L. BORGES, *Fictions*, Gallimard, 1983.

après, des événements que le législateur considérait oubliés. Rien ne s'efface. L'indignation de l'opinion publique n'a pas de date de péremption. En témoigne parfaitement, le procès du cardinal BARBARIN, poursuivi pour non-dénonciation de mauvais traitements pour des faits commis jusqu'en 1991<sup>1616</sup>. Cette affaire, extrêmement médiatisée, illustre l'agitation que peuvent provoquer des faits anciens parmi l'opinion publique.

Par ailleurs, il est difficile d'interpréter le silence de la victime comme un apaisement ou une renonciation. L'esprit humain n'est pas si limpide et l'on sait pertinemment que nombreuses peuvent être les causes du mutisme. La peur, la culpabilité, le refoulement... Rien ne permet d'affirmer que le silence signifie nécessairement renonciation et oubli. User de celui de la victime ou de l'opinion publique pour fonder la prescription serait en abuser.

**432. Une vision atrophiée du droit pénal.** Enfin, considérer la renonciation à la vengeance de la part de la victime comme l'un des fondements de la prescription, met en exergue une vision particulièrement réduite de la justice pénale. Le droit pénal se limiterait-il au désir de vengeance et ne s'imposerait-il qu'en vue de brimer les pulsions animales intrinsèquement humaines ? Lier la prescription au bon vouloir de la victime reviendrait à nier le trouble à l'ordre public et l'impact que peut avoir la commission d'une infraction sur la société tout entière. Certes, la place de la victime tend à augmenter de manière considérable<sup>1617</sup> et un phénomène significatif de victimisation émerge depuis les années 1980 ; toutefois, il semble mal aisé d'ériger l'institution sur sa seule appréciation. En effet, si certaines infractions particulières et notamment les infractions sexuelles, doivent prendre davantage en considération le ressenti de la victime, il est impensable de fonder tout le régime des poursuites sur sa seule volonté. Il n'est pas question de laisser la totalité de la matière pénale tributaire de ceux qui souffrent. La prescription de l'action publique doit s'inscrire dans un cadre déterminé et juridique.

Il apparaît donc que le droit au service de l'oubli ne convainc guère. Il ne saurait être le fondement exclusif de la prescription de l'action publique. L'oubli est devenu anachronique et impopulaire. Aux yeux de l'opinion publique, il appert avant tout comme une combinaison d'une

---

<sup>1616</sup> Le cardinal archevêque de Lyon Philippe BARBARIN a été poursuivi pour ne pas avoir signalé des faits d'agressions sexuelles sur mineur commis par le prêtre Bernard PREYNAT dont il aurait eu connaissance. Condamné en première instance, il sera finalement relaxé par la cour d'appel de Lyon. Sur le sujet voir notamment S. FUCINI, « Affaire *Barbarin* : relaxe en appel pour non-dénonciation de mauvais traitements », *Dalloz actualité* 4 février 2020.

<sup>1617</sup> Voir *supra* n° 266 s.

« conspiration inacceptable du silence et de l'injuste »<sup>1618</sup>. La situation apparaît plus complexe qu'il n'y paraît. Ce fondement manque de solidité. Peut-être faut-il chercher dans la relation qu'entretient la prescription avec la sanction, le fondement de cette dernière. Cette relation est bicéphale : prescription pour mettre fin à la sanction, mais également prescription en tant que sanction.

## *2. La prescription et la sanction*

**433. Une vie d'errance pour sanction, un romantisme juridique.** Autour de l'idée de sanction s'articulent deux fondements usuellement rattachés à la prescription. Le premier argument recouvre un aspect moral et s'intéresse à l'auteur de l'infraction. Il se déduit de l'idée selon laquelle la vie du délinquant en attente d'une potentielle poursuite ne peut être qu'une vie effroyable, faite de crainte et d'angoisse. Finalement, cette vie serait une sanction en soi. En cela, la prescription trouverait son utilité puisqu'elle permettrait de mettre fin à ce supposé calvaire. Aussi, la punition par la peur fut soutenue lors du débat sur le Code d'instruction criminelle devant le corps législatif, le 6 décembre 1808. Selon l'argument avancé, la prescription « se charge de la punition de ce crime par les délais qu'elle exige. Peut-on en effet, imaginer un supplice plus affreux que cette incertitude cruelle, que cette horrible crainte qui ravit au criminel la sécurité de chaque jour, le repos de chaque nuit... »<sup>1619</sup>. Dans cette optique, s'ajoute le fait que si l'auteur de l'infraction n'a pas été saisi par les autorités judiciaires, cela signifie qu'il n'a pas recommencé. Si le délinquant avait commis un nouvel acte, la justice n'aurait pu être leurrée une seconde fois.

Ce premier fondement est empreint de romantisme juridique<sup>1620</sup>. En effet, cette généralisation du temps et de son effet paraît fragile. L'impunité ne signifie pas forcément la prudence mais peut, au contraire, inciter le délinquant à recommencer. Par ailleurs, cette conception moraliste suppose un repentir actif qu'il est difficile d'envisager pour toutes les infractions, notamment en présence d'une infraction involontaire. Lorsqu'un fait délictueux est issu d'une simple faute d'imprudence ou de négligence, le repentir actif n'aura pas toujours sa place. De même, dans certains domaines tel que le droit pénal du travail, le délinquant n'aura pas toujours

---

<sup>1618</sup> C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, op. cit., p. 46, n° 55

<sup>1619</sup> Rapport conseiller d'Etat Real, cité par C. HARDOUIN-LE GOFF, *L'oubli de l'infraction*, op. cit., p. 107, n° 212.

<sup>1620</sup> R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Tome II, Cujas, 5<sup>ème</sup> édition, 1981, p. 66.

connaissance de l'aspect répréhensif de son comportement tant les infractions peuvent être techniques. Cette conception s'effrite progressivement.

Enfin, il existe un argument circonstancié selon lequel la fuite ne peut venir en soutien de la prescription si elle est à l'origine de la condamnation. *Quid* de la désertion en temps de guerre ou simplement du délit de fuite ? En effet, cet angle moraliste ne peut en aucun cas s'appliquer à une vie d'errance lorsque cette même vie est constitutive de l'infraction.

**434. La potentielle sanction des autorités négligentes.** À l'inverse, le second fondement enraciné dans la sanction s'éloigne du délinquant pour se rapprocher du ministère public. Il cristallise l'idée selon laquelle la prescription servirait à sanctionner le parquet pour son inaction et sa négligence, celle de ne pas avoir agi dans le délai imparti. Ce fondement a le mérite d'être cartésien. Il permet également d'expliquer la consécration du report du point de départ au jour de la découverte de l'infraction et la reconnaissance légale des infractions occultes ou dissimulées<sup>1621</sup>.

Pourtant, s'il est vrai qu'il s'agit là d'un fondement rationnel, est-il nécessaire de mettre en place un tel mécanisme, qui serait, par ailleurs, de nature à entacher, au-delà du ministère public, la victime et la société tout entière ? Il n'est pas concevable d'envisager la prescription de l'action publique en tant que sanction du ministère public sans se tromper de coupable. La sanction pour négligence n'apparaît pas suffisamment solide pour justifier la prescription de l'action publique.

### 3. La prescription et la preuve

**435. Le dépérissement des preuves scientifiques.** Tout d'abord, il convient de s'intéresser à la preuve scientifique et sa progressive asphyxie. Cet argument affirme qu'au fil des années, les preuves peuvent se dégrader ou disparaître. Cette idée n'est pas nouvelle puisqu'au milieu du XVIII<sup>ème</sup> siècle cet argument persuadait déjà<sup>1622</sup>. Le dépérissement de la preuve est essentiel car il ne joue pas uniquement pour la culpabilité de la personne mise en cause, mais aussi pour son innocence<sup>1623</sup>. Dans cette optique, la préservation de la preuve est incontournable afin de

---

<sup>1621</sup> Article 9-1 du Code de procédure pénale.

<sup>1622</sup> P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, 1780, p. 596.

<sup>1623</sup> J. DANET, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », art. préc.

garantir un jugement satisfaisant ; or, « il y a lieu de présumer que les indices du crime, comme ceux de l'innocence, se sont peu à peu effacés, qu'ils ont peut-être entièrement disparus, que la vérité n'apparaît que voilée ou altérée, que les juges, statuant sur des éléments mutilés par le temps n'arriveraient à un jugement qu'en s'appuyant sur les erreurs »<sup>1624</sup>. La prescription serait donc un gage de justice et un rempart efficace contre l'erreur judiciaire. La crédibilité de notre appareil judiciaire serait en partie garantie par cette institution.

Cependant, l'évolution exponentielle des moyens techniques vient heurter l'argument du dépérissement des preuves scientifiques<sup>1625</sup>. En effet, l'utilisation de la génétique comme mode de preuve a définitivement assis la domination de la preuve scientifique. Le matériel génétique résiste à tout. L'eau et le feu ne sont d'aucun effet. De même, les traces de sang présentes sur un vêtement peuvent être analysées après de nombreux lavages. L'ADN défie les effets du temps. Par ailleurs, L. MARTRILLE, médecin légiste, estime que si un examen médical précoce a plus de chance d'aboutir à des constatations éloquentes, « certaines cicatrices spécifiques ou certaines ruptures sphinctériennes peuvent laisser des stigmates visibles par le médecin légiste plusieurs dizaine d'année après le traumatisme »<sup>1626</sup>. Ainsi, il apparaît difficile de soutenir la thèse du dépérissement de la preuve et faire de celle-ci l'unique fondement de la prescription. Quant à la preuve informatique ne disparaît pas. Les traces laissées dans le domaine de l'immatérielle ne s'effacent guère. *In fine*, il semble que parfois, ce soit au contraire la prescription elle-même qui anéantisse l'usage des preuves.

---

<sup>1624</sup> F. HELIE, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminel*, Tome 3, H. Plon, 2<sup>ème</sup> édition, 1860, n° 675 et s. cité par A. MIHMAN, *Juger à temps, le juste temps de la réponse pénale, refonte de la thèse « Contribution à l'étude du temps : pour une approche unie du temps et de la réponse pénale »*, op. cit, n° 257, p. 290.

<sup>1625</sup> Sur ce sujet, voir notamment Y. ARNOUX, *Le recours à l'expert en matière pénale*, PU d'Aix-Marseille, 2004 ; C. BOURGAIN et P. DARLU, *ADN superstar ou superflic ? Les citoyens face à une molécule envahissante*, Seuil, 2013 ; R. COQUOZ, *La preuve par l'ADN, La génétique au service de la justice*, PPRU, 1<sup>ère</sup> édition, collection « Sciences forensiques », 2003 ; H. DE VALICOURT DE SERANVILLERS, *La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, L'Harmattan, 2009 ; C. DOUTREMEPUICH, *10 ans d'empreintes génétiques*, La documentation française, 2001 ; C. DOUTREMEPUICH, *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La Documentation française, 2006 ; C. AMBROISE-CASTEROT, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261 s. ; M. CHAVANNE, « L'ADN, "reine des preuves", une place à redéfinir », *AJ Pénal* 2021, p. 180 s. ; J.-C. GALLOUX, « L'empreinte génétique, la preuve parfaite ? », *JCP* n°12, 20 mars 1991 ; P. REVIRON, « L'ADN : la preuve parfaite ? », *AJ Pénal* 2012, p. 590 s. ; E. SUPPIOT « Empreintes génétiques et droit pénal, Quelques aspects éthiques et juridiques », *RSC* 2015, p. 827 s. ; J. VAILLY et F. BELLIVIER, « Les fichiers d'empreintes génétiques et les analyses d'ADN en droit pénal sous le regard du droit et de la sociologie », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, juin 2016, p. 43 s.

<sup>1626</sup> L. MARTRILLE, « À la recherche de la vérité : le travail du corps », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 95 s., spéc. p. 105.

**436. Des souvenirs en lambeaux.** Au-delà de la preuve scientifique, la preuve est également conçue comme étant celle des mots. Ceux des victimes ou des témoins. Selon ce fondement, chaque heure éloigne les dires de la vérité. Les souvenirs se transforment, se modulent sous le poids du temps et celui d'une pression extérieure indéniable<sup>1627</sup>. La volonté de se souvenir, la culpabilité de ne pas être assez précis, tout tend à influencer la mémoire. Que l'oubli se fasse par évanouissement, faute d'un rappel régulier à la mémoire, ou par interférence, en se mêlant à d'autres souvenirs, la vérité absolue ne s'avère pas aisée à retrouver. La manière de percevoir un souvenir évolue, le souvenir initial est souvent altéré sous l'influence de divers éléments. Les connaissances préalables viendront se greffer au souvenir authentique.

Pourtant, il peut être opposé à cet argument le fait que l'émotion ressentie chez les témoins, mais surtout chez les victimes d'infractions, a un effet direct sur leur conservation. D'aucuns pourraient arguer que dans certains cas, l'émotion permettrait de cristalliser l'instant, à tel point que bien des années plus tard, la victime serait en mesure de se souvenir avec exactitude des conditions de l'infraction<sup>1628</sup>. De plus, l'appréciation souveraine du juge par l'examen des preuves qui lui sont soumises ne suffit-elle pas à éloigner la crainte du dépérissement des preuves ? De même, la présomption d'innocence pourrait composer avec la dissolution des souvenirs. Lorsque les preuves ne sont pas assez viables ou convaincantes, la règle veut que le doute profite au mis en cause. Ainsi, le sens de la prescription fondé sur le dépérissement des preuves laisse perplexe, d'autant plus que certaines infractions, telles que le viol ou l'agression sexuelle, connaissent des délais de prescription particulièrement dérogatoires, alors même que, les concernant, la preuve peut être extrêmement délicate à rapporter et ce, dès les premières heures suivant la constitution de l'infraction<sup>1629</sup>.

---

<sup>1627</sup> S. PORTER et J. SHAW, « Constructing Rich False Memories of Committing Crime », *Psychological Science*, Janvier 2015.

<sup>1628</sup> E. PHELPS, « Quand l'émotion renforce la mémoire », *Science et vie*, septembre 2000, n° 212, p. 94 s.

<sup>1629</sup> Peut-être qu'à terme nous pourrions envisager que la preuve neuroscientifique permette de pénétrer les consciences pour faire émerger les souvenirs. Jusqu'à présent cette forme de preuve demeure largement controversée. Sur la fiabilité des neurosciences voir notamment N. K. AGGARWAL, *Neuroimaging, culture, and forensic psychiatry*. J Am Acad Psychiatry Law Online, 2009, p. 239 s.; J. R. SIMPSON, *Neuroimaging in forensic psychiatry: from the clinic to the courtroom*, West Sussex, 2012 ; Sur les doutes entourant ces preuves, voir G. K. AGUIRRE, « Functional Neuroimaging: Technical, Logical, and Social Perspectives », *Hastings Cent Rep*, 2014, p. 8 s. ; C. M. BENNETT et M. B. MILLER, « How reliable are the results from functional magnetic resonance imaging ? », *Ann N Y AcadSci* 2010, p. 133 s. ; M. L. BOURGEOIS, « Croire et douter. Juger à l'heure des neurosciences », *Annales Médico-Psychologiques*, 2015, p. 623 s. ; C. HARRIS, E. VUL, P. WINKIELMAN et H. PASHLER, « Puzzlingly high correlations in fMRI studies of emotion, personality, and social cognition », *Perspect Psychol Sci* 2009, p. 274 s. ; L. K. LOGOTHETIS, « What we can do and what we cannot do with fMRI », *Nature* 2008, p. 869 s. ; M. PELTIER-HENRY, « À la recherche de la vérité : vers le recours aux neurosciences », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 123 s. ; C. VIDAL, « Vers une Neurojustice ? », *Ravages* 2011, p. 17 s. En 2014, un homme fut condamné pour viol à douze ans de réclusion criminelle par la Cour Suprême israélienne sur le fondement d'un rêve ayant permis de faire remonter des violences sexuelles au conscience. (*Anonyme c. État d'Israël*, Cour suprême d'Israël n° 3958/08, 19

Finalement, cette affluence de justifications révèle une réalité particulièrement grinçante : les fondements de la prescription ne suffisent plus. Bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'un seul fondement soutienne l'institution en son entier, au regard de son régime actuel et de l'incompréhension qui l'entoure, il apparaît évident que l'accumulation de ces fragilités ne satisfait pas. Si autant d'idées tentent de légitimer l'institution, c'est sans doute qu'aucune n'est encore parvenue à convaincre et rallier autour d'elle toutes les convictions et que le sens de la prescription est à chercher ailleurs.

## **B. Des fondements renouvelés**

**437. Le sens juridique de la prescription.** Avant d'espérer une application raisonnée de la prescription de l'action publique en matière sexuelle, encore faut-il comprendre son intérêt et son sens. Le fait que la prescription soit sacrifiée à chaque oscillation démontre parfaitement la faiblesse de ses fondements, incapables de légitimer une telle institution. Considérée comme une source d'impunité par la majorité, la prescription de l'action publique est intarissablement remise en question notamment en matière sexuelle. De fait, l'espoir d'une application rationnelle de l'institution conduit nécessairement à lui attribuer des fondations à la fois solides, objectifs et juridiques. À ce titre, il semble possible de lier la prescription à deux principes reconnus et inébranlables, le respect de la nécessité des peines **(1)** et le droit d'être jugé dans un délai raisonnable, à condition de concevoir ce délai de façon générale **(2)**.

### *1. Le respect de la nécessité de la peine*

**438. L'utilisation du principe de nécessité.** Comme évoqué plus avant<sup>1630</sup>, les principes de nécessité et de proportionnalité sont protégés par l'article 8 de la DDHC. Si ces principes ont du mal à s'imposer concernant le contrôle des incriminations<sup>1631</sup>, le Conseil constitutionnel éprouve moins de difficultés à contrôler la proportionnalité et la nécessité des peines. Pour autant, il ne s'agit pas là d'apprécier le seuil d'une peine en particulier, mais de s'interroger sur la nécessité du prononcé d'une peine après de nombreuses années.

---

septembre 2014) ; B. COSCAS-WILLIAM, « Condamné sur le fondement d'un rêve ? La considération de l'amnésie traumatique due à l'inceste par la Cour suprême israélienne », *Droit et cultures – Revue internationale interdisciplinaire*, n° 73, 2017, p. 139 s.

<sup>1630</sup> Voir *supra* n° 351 s.

<sup>1631</sup> Voir *supra* n° 360 s.

En effet, le principe de nécessité et de proportionnalité pourrait permettre d'apprécier, pour chaque infraction, la proportionnalité du délai de prescription qui lui est appliqué. C'est d'ailleurs ce que propose de faire le Conseil constitutionnel dans sa récente décision<sup>1632</sup>. Les Sages considèrent qu'« il résulte du principe de nécessité des peines, protégé par l'article 8 de la Déclaration de 1789, et de la garantie des droits, proclamée par l'article 16 de la même déclaration, 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 »<sup>1633</sup>. *A priori*, le Conseil constitutionnel laisserait donc au législateur le choix de fixer les délais de prescription qui lui paraissent opportuns, à condition que ces derniers ne soient pas manifestement disproportionnés. Cependant, l'article 8 de la DDHC ne se limite pas à cette appréciation saccadée puisqu'il permet également d'asseoir la prescription de l'action publique dans sa globalité. Il ne s'agit pas de regarder au cas par cas chaque infraction afin de savoir si ce principe est respecté, mais de considérer que le sens de la prescription de l'action publique s'appuie sur la nécessité et la proportionnalité de la peine.

**439. Le sens de la peine.** La notion de peine ne se limite pas à son aspect rétributif comme en témoigne l'article 130-1 du Code pénal. Selon la définition finaliste et fonctionnelle de la peine, elle doit permettre « d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Cet objectif de réinsertion est également reconnu par la CEDH<sup>1634</sup>. Le sens de la peine est donc pluriel. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel a très tôt conçu la peine dans sa globalité puisque déjà en 1994, celui-ci a estimé que « l'exécution des peines privatives de liberté en matière correctionnelle et criminelle a été conçue, non seulement pour protéger la société et assurer la punition du condamné, mais aussi pour favoriser l'amendement de celui-ci et préparer son éventuelle réinsertion »<sup>1635</sup>. Partant, en appréciant la conception plurielle de la peine, la prescription de l'action publique permet de dresser une limite objective. Quel est l'intérêt du prononcé d'une peine après de nombreuses années ? Quel sens aura la peine face au temps écoulé, sera-t-elle nécessaire ?

---

<sup>1632</sup> Cons. const. 24 mai 2019, DC QPC n° 2019-785, *JO* du 25 mai 2019.

<sup>1633</sup> *Ibid.*, § 7.

<sup>1634</sup> CEDH 4 décembre 2007, n° 44362/04, *Dickson c/ Royaume-Uni*.

<sup>1635</sup> Cons. const. 20 janvier 1994, DC n° 93-334, *JO* 26 janvier 1994, § 12.



Il est envisageable de concevoir l'article 130-1 du Code pénal de façon alternative, faisant primer pour certaines peines l'aspect rétributif et pour d'autres la réinsertion. Cette appréhension peut tout à fait se concevoir puisqu'en effet, il apparaît parfois délicat de trouver de la réinsertion dans une lourde peine assortie d'une période de sûreté conséquente ou inversement, difficile de dénicher l'effet rétributif au sein des stages de sensibilisation. Cependant, lorsque le prononcé de la peine fait suite à un comportement antisocial, l'individu manifeste d'ores et déjà une forme de rupture avec la société. La rétribution prend tout son sens car elle ne s'effectue pas aux dépens de l'insertion de l'individu dans la société. En revanche, l'extension des délais de prescription conduit parfois à punir une personne ayant abandonné son caractère antisocial. Le temps faisant son œuvre, face à l'absence de récidive ou de réitération, le prononcé d'une peine après l'écoulement de nombreuses années aurait pour conséquence de punir au prix de l'insertion de l'individu. Il ne s'agira pas de faire primer la réinsertion sur la rétribution, mais d'éviter la rétribution aux dépens de l'insertion. À ce titre une conception globale de la peine doit être priorisée.

En effet, le prononcé d'une peine après de nombreuses années aura pour unique fonction celle de sanctionner l'auteur de l'infraction. Toutefois, l'amendement, l'insertion et la réinsertion du condamné prévue par l'article 130-1 du Code pénal et reconnue par la CEDH auront disparu. Pire encore, il peut arriver que le prononcé tardif d'une peine soit source de désinsertion. Enfermer ou stigmatiser un individu par une condamnation pénale longtemps après les faits pourrait s'avérer contreproductif car cette désinsertion serait de nature à remettre en danger la société. Aussi, la prescription de l'action publique remplit une fonction sélective. Elle permet d'effectuer un tri objectif des affaires et garantit le respect d'un délai au-delà duquel la peine n'a plus de sens. Évidemment, il s'agit d'un délai discrétionnaire qui, parfois, pourra être perçu comme étant injuste. En revanche, l'instauration d'un délai préfix permet d'établir une stabilité certaine et dresse un rempart infranchissable contre les injonctions populaires pressantes et oppressantes<sup>1636</sup>. La prescription en matière sexuelle ne devrait pas disparaître, quand bien même l'infraction concernerait un mineur. L'aspect rétributif du prononcé d'une peine ne saurait suffire à justifier son évanouissement. Si le report du point de départ concernant les infractions sexuelles sur mineur se justifie tout à fait<sup>1637</sup>, la mort de l'institution serait excessive et contraire à l'article 8 de la DDHC.

---

<sup>1636</sup> D. SALAS, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Hachette littérature, 2005.

<sup>1637</sup> Voir *infra* n° 153 s.

La peine « qui ne découle pas d'une nécessité absolue est tyrannique »<sup>1638</sup>. Puisque le prononcé d'une peine a pour objet l'amendement du condamné, sa réinsertion au sein de la société et la prévention du risque de récidive, passé plusieurs années, les fonctions de la peine s'érodent. Face à un acte isolé, le temps écoulé ne permettra plus aux poursuites d'atteindre cet objectif de réinsertion. La peine sera donc tyrannique. À cet égard, la prescription joue donc un rôle essentiel et primordial. Elle détermine le moment où l'utilité juridique a disparu. Par ailleurs, le principe de nécessité des peines n'apparaît pas comme l'unique fondement de la prescription. Selon une conception globale du délai raisonnable, plus proche de la réalité juridique, ce principe pourrait également permettre de justifier la prescription de l'action publique en vue d'une meilleure compréhension et inévitablement, d'une juste application.

## 2. Le respect d'un certain délai raisonnable

**440. Une prescription *a priori* exclue du délai raisonnable.** L'article 6§1 de la CESDH garantit le respect du procès équitable, et par là même, le droit d'être jugé dans un délai raisonnable. Selon cet article, « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial »<sup>1639</sup>. *A priori*, la prescription de l'action publique pourrait trouver ici un nouveau fondement juridique. Néanmoins, au sens de la CEDH, le délai raisonnable s'apprécie à compter de l'accusation<sup>1640</sup>. Dans ce cadre, l'accusation existe dès lors qu'il y a eu une notification officielle émanant de l'autorité compétente, reprochant à un individu le fait d'avoir accompli une infraction pénale<sup>1641</sup>. Sur un plan national, l'article L. 111-3 du Code de l'organisation judiciaire dispose que « les décisions de justice sont rendues dans un délai raisonnable ». De même, l'article préliminaire du Code de procédure pénale indique qu'« il doit être définitivement statué sur l'accusation dont toute personne suspectée ou poursuivie fait l'objet dans un délai raisonnable ». Le droit interne ne fixe pas le point de départ du délai raisonnable au jour de la commission des faits, mais au moment où une personne est renvoyée devant la

---

<sup>1638</sup> MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748.

<sup>1639</sup> La CEDH a déjà eu l'occasion de sanctionner la France pour non-respect du délai raisonnable. Voir par exemple CEDH 25 mars 1999, n° 25444/94, *Pélissier et Sassi c/ France* ; D. 2000. 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000, p. 281, obs. FLECHEUX et MASSIS ; P. DOURNEAU-JOSETTE, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale, mars 2021, § 398.

<sup>1640</sup> Voir P. DOURNEAU-JOSETTE, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale, préc. cit., § 392.

<sup>1641</sup> CEDH 15 juillet 1982, n° 8130/78, *Eckle c/ Allemagne*, § 73.

juridiction de jugement. Dans les deux cas, l'appréhension du point de départ de ce délai raisonnable exclut de son champ d'application la prescription de l'action publique.

**441. Une application morcelée du délai raisonnable.** Selon cette conception, la prescription de l'action publique est donc étrangère au délai raisonnable puisqu'elle se situe en amont de l'accusation. Cependant, cette appréhension du délai apparaît parcellaire. Intuitivement, délicat de se glorifier d'avoir jugé quelqu'un dans un délai raisonnable si le procès de première instance intervient plus de vingt ans après les faits. Il apparaît délicat d'ignorer tout à fait le temps passé entre les faits et les poursuites. Cette application de délai raisonnable laisse un goût d'inachevé. En effet, le délai de prescription de l'action publique pourrait permettre de compléter de façon cohérente le respect du délai raisonnable en instaurant l'obligation d'encadrer le temps antérieur à l'acte d'accusation. La prescription garantit une certaine célérité dans le déclenchement de l'action publique afin que le temps qui sépare les faits du procès ne soit pas trop distendu. Il ne s'agit pas de plaider en faveur d'une extension du délai raisonnable dans sa conception originelle, mais de le compléter par la prescription de l'action publique qui semble conditionner son intérêt. Cette institution consacre le besoin d'être jugé dans un délai raisonnable, à condition de le concevoir plus largement. À ce titre, la CEDH rattache la prescription de l'action publique à la notion de « sécurité juridique »<sup>1642</sup>. Plus nébuleuse que le délai raisonnable, ces deux principes se rejoignent aisément. Le droit de punir n'est pas un droit absolu. Il doit s'inscrire dans le temps. Limiter sa portée au temps qui s'est écoulé entre l'accusation et le procès ne suffit pas à garantir le concept général au sein duquel il se situe : le procès équitable. À la lumière de ce principe, l'application matérielle de la prescription semble défectueuse. Si les délais dérogatoires ne cessent de s'étendre, c'est que rien ne s'y oppose juridiquement. Aucune limite ne semble suffisamment stable pour contrecarrer cette utilisation émotionnelle de la prescription. Or, en appliquant ce principe et, plus largement, celui de la sécurité juridique, l'influence des mœurs rencontrerait un adversaire de taille, un adversaire juridique.

Prenons l'exemple d'un viol qui se déroulerait lorsque l'enfant a huit ans par un auteur âgé de trente ans. Les délais dérogatoires<sup>1643</sup> permettent actuellement d'étendre le délai de prescription

---

<sup>1642</sup> CEDH 27 mai 2013, n° 21722/11, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*.

<sup>1643</sup> Selon l'article 7 du Code de procédure pénale, « l'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit par trente années révolues à compter de la majorité de ces derniers ».

jusqu'aux quarante-huit ans de la victime, soit quarante ans après les faits. L'auteur aurait donc soixante-dix ans, sans compter les potentiels effets de la prescription glissante<sup>1644</sup> ou les actes interruptifs et suspensifs. Le report du point de départ s'ajoute à une extension ubuesque des délais de prescription. Bien que la morale soit satisfaite, qu'en est-il du respect du délai de raisonnable et plus largement, celui du procès équitable<sup>1645</sup> ?

Considérer la prescription comme l'une des garanties du délai raisonnable s'avère convaincant et lui confère un ancrage juridique de taille. Mesure du temps, la prescription garantit le respect du procès équitable en évitant un déclenchement trop tardif des poursuites. Cette dernière met en évidence le sens profond du délai raisonnable, certes plus vaste que sa consécration textuelle, mais néanmoins plus concret.

**442. Une étape nécessaire.** Ainsi, la première étape tendant à rationaliser la prescription de l'action publique nécessite de renouveler ses fondements. Impossible d'espérer une meilleure application de l'institution sans susciter sa compréhension. Pourtant, tel fut le cas du législateur en 2017<sup>1646</sup> lorsqu'il réforma l'institution en profondeur sans s'attarder suffisamment sur son sens. En effet, très brefs ont été les débats autour des fondements de la prescription de l'action publique. Les rapporteurs se sont contentés d'évoquer cette grande loi de l'oubli et de souligner les difficultés à la faire accepter par la société. Aussi, le Sénat a estimé que la proposition de loi faite par l'Assemblée nationale « tend, d'une part, à procéder à une clarification ou à une légalisation de certaines règles existantes en matière de prescription, d'autre part, à répondre aux "nouvelles attentes" de la société qui considérerait la prescription comme une loi de l'impunité »<sup>1647</sup>. Face à ce constat, le législateur n'a pas tenté de rendre l'institution plus accessible et plus compréhensible. Il s'est seulement contenté de limiter son acquisition en entérinant une jurisprudence qui lui était hostile et en doublant les délais délictuels et criminels de la prescription de l'action publique. La réforme de la prescription ne s'appuie pas sur les fondements de l'institution, mais sur le constat flagrant d'une insécurité juridique et d'une opinion publique mécontente. Or, en raison de l'absence de réflexion globale sur son sens et

---

<sup>1644</sup> Voir *supra* n° 153.

<sup>1645</sup> Sur la possibilité d'une autre réponse pour la victime, voir *infra* n° 533 s.

<sup>1646</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JO* du 28 février 2017. Pour aller plus loin voir J. BUISSON, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 », *Procédures*, n° 4, avril 2017, étude 20 ; voir également C. INGRAIN et R. LORRAIN, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *Dalloz actualité*, 20 février 2017.

<sup>1647</sup> F.-N. BUFFET, Rapport du Sénat n° 8 du 5 octobre 2016 sur la proposition de loi adoptée par l'Assemblée nationale, portant réforme de la prescription en matière pénale.

ses fondements, l'institution peine toujours à s'imposer, malgré la réforme. À intervalles réguliers, resurgit la volonté d'étendre le champ des quelques infractions imprescriptibles<sup>1648</sup>, notamment en y intégrant les infractions sexuelles sur mineur.

En définitive, face au manque de consistance des fondements usuellement attribués à la prescription de l'action publique, il appert nécessaire de redéfinir son sens. À ce titre, le principe de nécessité des peines et le respect du délai raisonnable se sont imposés en vue de conférer à la prescription de l'action publique une réelle stabilité juridique de nature à limiter les multiples interventions spasmodiques du législateur. Un travail d'éducation autour du sens de la prescription doit être également fait afin que l'institution cesse d'apparaître comme une source d'impunité. Ce n'est qu'à partir de la redéfinition de ces fondements, qu'il sera permis de proposer un nouveau régime à l'institution, extirpée de la morale.

## **§ 2 – Le régime de la prescription de l'action publique révisé**

**443. Vers une réforme cohérente.** Une fois les fondements établis, il s'agit désormais d'appréhender le régime de la prescription à leur lumière en vue de le rationaliser. S'intéresser uniquement aux infractions sexuelles pour limiter l'utilisation compulsive de la prescription de l'action publique n'aurait aucun sens. En effet, il n'est pas possible d'envisager de façon parcellaire l'institution sans risquer de faire vaciller sa cohérence. Projeter une refonte de la prescription de l'action publique nécessite d'appréhender celle-ci de façon globale afin d'établir un régime homogène et harmonieux. Cette vue d'ensemble permettra également de ne pas tomber dans le gouffre de l'émotion qui consiste à apprécier chaque infraction sous un angle personnel, influencé par nos propres mœurs.

Après avoir proposé certains équilibres à respecter afin d'édifier un régime cohérent de la prescription de l'action publique **(A)**, il s'agira de proposer une application concrète de ces équilibres, conforme au sens de la prescription **(B)**.

---

<sup>1648</sup> P. LELLOUCHE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 3679 du 20 mars 2002 tendant à rendre imprescriptibles les infractions sexuelles commises contre les mineurs présentées ; M. JOISSAINS-MASINE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 200 du 24 septembre 2002 tendant à renforcer la protection des mineurs victimes d'agressions sexuelles ; M. le FUR et F. GILARD, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 230 du 27 septembre 2007 visant à assurer l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis sur les mineurs.

### **A. Un régime équilibré**

**444. L'importance d'un canevas.** Après avoir rétabli les fondements de l'institution, que faire de son régime ? Tout d'abord, il est essentiel de rappeler que le régime de la prescription dépend d'un certain pouvoir discrétionnaire. Les délais fixés ne sont pas naturels, ils dépendent d'une appréciation subjective. De fait, il ne serait pas constructif d'affirmer que le régime dérogatoire des infractions sexuelles sur mineur est trop long de quelques années. Cette démarche reviendrait à substituer à une appréciation personnelle, une autre appréciation personnelle. Des délais précis ne peuvent être proposés sans avoir établi certains équilibres à respecter. Ces derniers serviront alors de canevas, de modèles, qui, ajoutés aux nouveaux fondements, permettront de guider le législateur dans la détermination du régime de l'institution. Ces tempérences s'opposent à une utilisation émotionnelle de la prescription et permettraient d'éviter certaines réformes qui dénaturent la prescription.

**445. Un quadruple équilibre.** J. DANET propose d'ériger la prescription de l'action publique sur un quadruple équilibre<sup>1649</sup> tendant à ancrer l'institution dans une réflexion globale. Ces différents équilibres prennent en compte l'évolution de la politique pénale et l'émergence de nouvelles préoccupations. Il semble donc intéressant de revenir sur ces poids et contrepoids qui pourraient permettre de guider le régime de la prescription.

**446. Sécurité et procès équitable.** Le premier équilibre met en balance le droit à la sécurité et celui du procès équitable. Ce principe gouverne tous les autres. L'ordre public ne doit pas éclipser le droit à un procès équitable. Plus encore, l'ordre moral ne saurait être autorisé à occulter les droits du mis en cause. Pourtant, l'influence contemporaine des mœurs sur le régime de la prescription ne fait plus aucun doute<sup>1650</sup>. En effet, la morale culturelle guide le régime de la prescription qui s'étire à chaque nouveau fait divers, saisissant hâtivement les réclamations de l'opinion publique. La souffrance des victimes et l'incompréhension de la population induisent une utilisation déraisonnée de l'institution. Sous l'effet des mœurs et de la peur, les droits fondamentaux ont tendance à être opprimés par un objectif sécuritaire poussé à l'extrême.

---

<sup>1649</sup> J. DANET, S. GRUNVALD, M. HERZOG EVANS et Y. LE GALL, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Thèmes et commentaires, *op. cit.*, p. 156 ; J. DANET, « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », art. préc. ; J. DANET, « La prescription de l'action publique. Quels fondements et quelle réforme ? », *AJ Pénal* 2006, p. 285 s.

<sup>1650</sup> Voir *supra* n° 153 s.

Après avoir rappelé le sens de la prescription qui semble nécessaire dans un État de droit, évoquer cet équilibre permettra de tendre vers un régime raisonnable. Cet équilibre est essentiel, il s'impose en tant qu'élément central des divers balanciers. La sécurité ne doit pas annihiler le respect des droits fondamentaux.

**447. Réparation des victimes et délai raisonnable.** Le second équilibre qui doit être observé est celui qui s'opère entre le droit des victimes d'obtenir réparation suite à une déclaration de culpabilité et celui reconnu à chacun d'être jugé dans un délai raisonnable. Bien que cette opposition soit quelque peu manichéenne, son rappel est essentiel. Actuellement, la protection des intérêts des victimes est sans nul doute la première cause d'une prescription déformée. La communauté symbolique qui les entoure<sup>1651</sup> influe fréquemment sur les décisions précipitées du législateur qui perd la raison devant l'émotion. Opposer aux victimes l'un des nouveaux fondements de la prescription de l'action publique, à savoir la protection du délai raisonnable, permet d'envisager les réformes futures avec plus de hauteur. Il revient au législateur de rappeler que le droit ne peut être le réceptacle des souffrances, et, même s'il est essentiel de tendre à une meilleure prise en charge des victimes en leur assurant une écoute ou un suivi<sup>1652</sup>, il n'est guère envisageable de leur sacrifier le respect du délai raisonnable. Comme évoqué précédemment, l'institution ne repose pas uniquement sur des suppositions relatives. La prescription de l'action publique induit le respect de notions objectives et juridiques, tel que le délai raisonnable ou la nécessité de la peine<sup>1653</sup>. Ainsi, il convient de trouver dans le régime de l'institution, un équilibre satisfaisant entre la victime et le mis en cause par le prisme du délai raisonnable.

**448. Développement des moyens techniques et paralysie des enquêtes.** D'autre part, il est primordial que le régime de la prescription de l'action publique soit adapté à l'évolution des moyens techniques d'enquête en perpétuelle progression, tout en délimitant le travail de la police et de la gendarmerie. En effet, une imprescriptibilité générale<sup>1654</sup> engendrerait nécessairement une paralysie des services d'enquête, qui disposeraient d'un choix

---

<sup>1651</sup> Voir *supra* n° 266.

<sup>1652</sup> Voir *infra* n° 533 s.

<sup>1653</sup> Voir *supra* n° 437.

<sup>1654</sup> P. LELLOUCHE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 3679 du 20 mars 2002, préc. cit. ; M. JOISSAINS-MASINE, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 200 du 24 septembre 2002 tendant à renforcer la protection des mineurs victimes d'agressions sexuelles ; M. le FUR et F. GILARD, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 230 du 27 septembre 2007, préc. cit.

discrétionnaire et potentiellement arbitraire des dossiers à favoriser. La prescription ne se contente pas de constater un dépérissement des preuves, elle permet également d'éviter la paralysie des enquêtes engendrée par un nombre trop conséquent de dossiers. Puisqu'il semble impossible d'enquêter indéfiniment, la prescription répond à cette obligation de rationalisation objective du travail des enquêteurs. Passé un certain délai, les dossiers ne font plus l'objet d'une enquête. La prescription fixe ce délai et évite une surcharge des services d'enquête.

**449. Rappel à la loi et sens de la peine.** Enfin, l'ultime équilibre se concentre sur la nécessité d'une peine, mais la nécessité d'une peine utile. Le rappel à la loi et la défense de la société sont mis en balance avec le sens éducatif et constructif de la peine, le principe de proportionnalité, de nécessité et d'utilité de la peine. En effet, l'institution propose d'établir un délai au-delà duquel la peine ne répond plus à ses objectifs et perd de son sens. Si ce dernier demeure discrétionnaire, il présente toutefois l'intérêt de la stabilité. Cet équilibre se couple aisément à une réflexion nouvelle sur la peine et ses enjeux.

**450. Prescription, pivot des équilibres.** Puisque la vérité est un point d'équilibre entre deux contradictions, alors la prescription doit jouer avec ces différentes mesures pour trouver son juste régime. Pivot de tous ces balanciers, le régime de l'institution doit s'inscrire dans cette vision omnisciente de la prescription. À partir de ces quelques idées générales, il est possible de proposer une réponse à des difficultés localisées dans le but d'ériger un nouveau régime cohérent avec le sens de la prescription et les équilibres au sein desquels elle se situe.

## **B. Un régime amendé**

**451. Un double régime envisageable.** À la lumière de ces différents équilibres, les conséquences concrètes et matérielles de ces derniers sur le régime de la prescription peuvent être abordées. De toute évidence, il n'existe pas un seul régime convenable. Le régime de la prescription de l'action publique semble largement tributaire d'une part d'arbitraire. Pour autant, le respect des différents balanciers proposés permet de proposer un régime raisonnable (1), mais également un régime idéal (2).



### 1. Un régime raisonnable

Leonard DE VINCI affirmait : « sachez vous éloigner car, lorsque vous reviendrez à votre travail, votre jugement sera plus sûr »<sup>1655</sup>. Aussi, il était nécessaire de s'écarter des infractions sexuelles pour mieux y revenir, particulièrement lorsqu'elles sont commises sur des mineurs.

**452. Les infractions sexuelles sur mineur ou l'allégorie de l'irraison.** Le régime propre aux infractions sexuelles sur mineur est sans aucun doute le lieu au sein duquel s'exprime au mieux l'influence des mœurs sur la prescription de l'action publique. Les mineurs ne laissent pas le législateur indifférent comme en témoignent les nombreuses lois les concernant<sup>1656</sup>. Cette prolifération législative est de toute évidence inopportune puisqu'aucune loi n'a le temps de faire ses preuves que déjà, elle se trouve remplacée par une autre<sup>1657</sup>. Le législateur oscille et hésite, avance puis recule. S'il juge bon d'intervenir, le nombre de ses interventions souligne la difficulté à laquelle celui-ci se confronte et la précipitation dont il fait preuve. De façon schématique, en la matière, les délais sont largement étendus, voire distendus et le point de départ est repoussé à la majorité du mineur victime<sup>1658</sup> et la prescription glissante réinvoque des affaires que l'on pensait enfouies dans les méandres de l'oubli. Rien ne semble satisfaisant puisque la simple idée d'une prescription importune.

**453. La recherche d'un régime raisonnable.** Afin de rechercher le juste régime qui conviendrait aux infractions sexuelles sur mineur, il est possible de l'interroger à la lumière des nouveaux fondements de la prescription de l'action publique et du quadruple équilibre à respecter.

Tout d'abord, rappelons que le premier de ces équilibres est sous-tendu par tous les autres, il s'agit de la récurrente harmonie entre sécurité et sûreté des citoyens<sup>1659</sup>. À cet égard, le rapide examen des autres tempérances permettra d'éclairer cet équilibre afin de savoir si ce premier balancier est respecté.

---

<sup>1655</sup> L. DA VINCI, *Frammenti letterari e filosofici Copertina rigida*, 1979.

<sup>1656</sup> Voir *supra* n° 153 s.

<sup>1657</sup> Sur le sujet voir notamment CH. GUERY, « Kafka II ou « pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ? », *D.* 2004, p. 3015 s.

<sup>1658</sup> Voir *supra* n° 153 s.

<sup>1659</sup> Voir V. SIZAIRE, *L'ordre pénal Républicain*, Thèse, Paris Nanterre, p. 21 : « la notion de sûreté exprime la volonté d'une lutte constante contre toutes les formes d'arbitraire pouvant menacer le citoyen, qu'il soit d'origine publique ou privée ».

Confronté à la nécessaire réparation des victimes et au respect du délai raisonnable, le régime propre à ces infractions vacille. Dans un premier temps, il n'est pas possible d'examiner les délais de prescription indépendamment du contexte particulier auquel ils s'appliquent. En effet, en l'espèce, il s'agit de mineurs. Partant, il n'est pas permis d'ignorer la difficulté que peut ressentir un mineur à s'exprimer dans un cadre propice à donner du crédit à sa parole. À cet égard, le report du point de départ à la majorité de la victime semble répondre à cette particularité et permet de garantir la réparation des victimes. Pourtant, l'exceptionnalité du régime ne se limite pas à ce report. Les délais sont également dérogatoires<sup>1660</sup> et la prescription se fait glissante. L'extension progressive des délais qui atteignent aujourd'hui trente ans à compter de la majorité respecte-t-elle l'exigence du délai raisonnable ? Ne sommes-nous pas tombés dans un déséquilibre manifeste tendant à protéger des victimes en dépit de cet équilibre ? Si l'existence d'une amnésie traumatique<sup>1661</sup> n'a pas encore été établie avec certitude, comment peut-on justifier cette extension ? Pire encore, est-il décent d'écarter la prescription en faveur des victimes alors que celles-ci se heurteront sans doute violemment au principe de présomption d'innocence si longtemps après les faits ? La scène pénale est offerte aux victimes sans considération pour le délai raisonnable ni pour le sens de la peine. Il s'agit là d'un cadeau empoisonné de nature à présenter le droit pénal comme un droit salvateur pour les victimes. S'il semble opportun de s'interroger sur les moyens de prise en charge des victimes,

---

<sup>1660</sup> Voir *supra* n° 153 s.

<sup>1661</sup> O. DODIER, « Légiférer au moyen de l'amnésie traumatique constitue un risque », *Dalloz actualité*, 6 décembre 2017. Néanmoins, l'amnésie traumatique a été prise en considération dans l'extension des délais de prescription. Selon le législateur, « la gravité des comportements en cause, la vulnérabilité des victimes, la nécessaire protection des intérêts de l'enfant et les progrès réalisés en matière de techniques d'élucidation plaident en faveur de délais de prescription allongés. Cela est d'autant plus nécessaire que des mécanismes d'occultation complexes sont à l'œuvre chez les victimes d'actes subis durant l'enfance, repoussant le moment de l'action judiciaire... M. Philippe-Jean PARQUET, professeur de psychiatrie infanto-juvénile à l'université Lille I, faisait ainsi observer que si "les crimes de cette nature sont souvent révélés pendant la minorité des enfants [...], beaucoup demeurent cachés" en raison d'un "enkystement psychologique défensif [...] empêchant l'évocation" et conduisant à "une amnésie pouvant être durable". Il résulte de ce phénomène d'amnésie traumatique que "c'est souvent après une longue période que ces crimes peuvent être évoqués et qu'une demande de réparation peut être introduite, souvent sur la provocation d'un tiers", qu'"un délai long de prescription est donc légitime pour tenir compte de cet état psychologique" et qu'"il devrait prendre date au moment où la capacité d'évocation est devenue possible". Il a encore été relevé que "le délai en vigueur ne prend pas suffisamment en compte le caractère tardif de la révélation" et que "l'amnésie traumatique est souvent levée après 40 ans, soit quand les faits sont déjà couverts par la prescription" » (A. LOUIS, Rapport de l'Assemblée nationale n° 938 du 10 mai 2018, au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, p. 47 et s.). Ainsi, la circulaire du 3 septembre 2018 présentant la loi du 3 août 2018 précise que les délais allongés permettront « de donner aux victimes le temps nécessaire à la dénonciation des faits, notamment pour prendre en compte le phénomène de l'amnésie traumatiques, spécialement en cas d'inceste » (Circulaire n° 2018-00014 du 3 septembre 2018). Toutefois, la Cour de cassation estime qu'il ne s'agit pas là d'un obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure (Cass. crim. 18 décembre 2013, n° 13-81.129 ; obs. 8 janvier 2014, M. LENA ; Cass crim. 17 octobre 2018, n° 17-86.161 ; *Dalloz actualité* 28 mars 2018, obs. P. DUFOUR ; 26 janvier 2018, obs. P. JANUEL)

le régime de la prescription ne peut s'émanciper de ces équilibres à respecter. En l'espèce, l'équilibre entre la réparation et le délai raisonnable fait défaut.

*Quid* de la balance entre le développement des moyens techniques et la paralysie des services d'enquête ? *A priori*, les moyens techniques pourraient permettre de prouver scientifiquement une agression sexuelle plus de vingt ans après les faits. Néanmoins, la possibilité de retrouver une trace génétique semble compromise. Les difficultés résident à la fois dans l'examen de l'ADN et dans sa découverte. En effet, les modalités de conservation évoluent à une vitesse incroyable. Les règles appliquaient il y a trente ans ne sont plus les mêmes aujourd'hui, ni que celles de demain. L'augmentation des délais de prescription engendre une accumulation de ces dossiers sur le bureau des enquêteurs ce qui pourrait, dans certains cas, paralyser leur avancée. La recherche de cet équilibre est compromise et ne saurait justifier le régime dérogatoire en la matière.

Enfin, l'ultime équilibre entre le sens de la peine et le rappel à la loi interroge. Saisi par le législateur, le délai de prescription de l'action publique concernant les infractions sexuelles sur mineurs ne touche plus terre. En absence de réitération, difficile de justifier une intervention si tardive de la justice pénale. Il serait plus opportun de répondre autrement à la douleur de la victime, notamment en lui expliquant le sens de la peine. Limitée à son aspect punitif, la peine se voit amputée de nombreuses caractéristiques.

De fait, le délicat équilibre entre la sécurité et le procès équitable ne semble ni trouvé, ni recherché par le législateur en matière d'infractions sexuelles sur mineurs. Les mœurs ont conduit à faire de la prescription le symbole de l'impunité. Son régime ne respecte rien d'autre que les aléas politiques.

**454. Un régime à repenser.** Afin de garantir le respect de ces différents balanciers, certains éléments méritent d'être repensés. Le premier se réfère à la fixation du point de départ, le second s'intéresse au délai butoir. Pour ce faire, il est possible de concevoir l'existence de deux délais de distinct.

Le premier, le délai « primaire », serait lié à la victime et au ministère public. Il commencerait au jour de la connaissance de l'infraction. Le délai primaire permettrait ainsi d'intégrer la reconnaissance des infractions occultes et dissimulées. Néanmoins, ce premier délai ne serait

pas limité à une catégorie d'infraction, dont l'existence apparaît malléable et difficile à établir. Il s'étendrait à toutes les infractions afin de respecter la sécurité juridique.

Toutefois, afin d'éviter une possibilité absolue de poursuivre et garantir le respect de certaines règles générales de notre droit tels que le droit d'être jugé dans un délai raisonnable ou le sens de la peine ; il apparaît primordial d'établir un délai « secondaire ». Ce délai, plus large que le délai primaire, permettrait de garantir la protection des droits du délinquant. Le délai secondaire ne pourra débiter qu'au jour de la réalisation de l'infraction. Il généraliserait l'existence du délai butoir<sup>1662</sup>. Ainsi, les actes interruptifs et suspensifs ne pourront servir d'armes pour faire échec à la prescription au délai de délai secondaire. Les deux théories jusqu'alors disputées, à savoir la fixation du point de départ au jour de la réalisation de l'infraction ou au jour de sa connaissance, finissent par se compléter. L'équilibre des droits connaît un renouveau. Il n'est plus nécessaire de trancher entre l'essentielle protection de la société, les droits de la victime et ceux du délinquant. Le régime, en son ensemble, tente de donner une place à chacun d'eux. Toutefois, concernant les infractions sexuelles, il serait pertinent de conserver le report du point de départ à la majorité de la victime. Le délai secondaire serait donc reporté aux dix-huit ans de la victime. Ce mécanisme tend à prendre en considération la particularité de la situation et doit donc être conservé.

Concernant le délai de prescription en lui-même, il s'avère intrinsèquement relatif. Les délais antérieurs à la réforme<sup>1663</sup> en matière criminelle et contraventionnelle seront repris s'agissant des délais primaires. Toutefois, il serait préférable de diviser les délais délictuels. Dans cette optique, les délits punis d'une peine d'emprisonnement de moins de trois ans conserveraient le délai de prescription *ante* 2017, c'est-à-dire trois ans ; pour les autres, ceux qui sont punis de plus de trois ans, le délai sera porté à six ans, conformément au délai actuel. Quant aux délais secondaires, ils pourraient être de vingt ans en matière criminelle, ce qui reviendrait au délai actuel, dix ans en matière correctionnelle pour les délits punis de plus de trois ans, cinq ans pour les autres et deux ans en matière contraventionnelle. Ce choix s'avère pertinent car celui-ci

---

<sup>1662</sup> L'article 9-1 alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que « Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise ».

<sup>1663</sup> Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, *JO* du 28 février 2017. Pour aller plus loin voir J. BUISSON, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 », art. préc. ; voir également C. INGRAIN et R. LORRAIN, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », art. préc.

affirme l'importance du fondement reposant sur l'utilité de la peine. Au terme de ces délais, les infractions seraient définitivement prescrites. De plus, le délai primaire de la prescription de l'action publique, permet de respecter un principe de célérité reconnu dans la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, mais aussi visé par l'article préliminaire du Code de procédure pénale. De toute évidence, le mécanisme de la prescription glissante sera supprimé.

De fait, les auteurs d'infractions sexuelles connaîtraient lesdits délais avec pour particularité, un report du délai primaire au jour de la majorité de la victime. Concrètement, l'état actuel du droit permet à un auteur de viol sur mineur d'être poursuivi jusqu'aux quarante-huit ans de la victime. En revanche, les actes interruptifs ou suspensifs peuvent s'ajouter et proroger *ad vitam eternam* ce délai. Ici, l'auteur pourrait être poursuivi jusqu'aux trente-huit ans de la victime, sans prolongation possible, afin de respecter les différents équilibres précédemment étudiés. Cela permettrait de respecter les piliers de la prescription tout en offrant à la victime la possibilité d'acquérir suffisamment de maturité pour comprendre sa situation et dénoncer les faits qu'elle aurait subit<sup>1664</sup>.

**455. Proposition d'articles.** Afin d'appliquer ces nouveaux délais et ces nouveaux points de départ, l'article 7 du Code de procédure pénale pourrait être ainsi rédigé :

*« L'action publique des crimes se prescrit par dix années révolues à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'exercice de l'action publique des crimes mentionnés aux articles 706-16, 706-26 et 706-167 du présent code, aux articles 214-1 à 214-4 et 221-12 du code pénal et au livre IV bis du même code ne peut excéder trente années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise<sup>1665</sup>.*

*L'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit à compter de la majorité de ces derniers<sup>1666</sup>.*

---

<sup>1664</sup> Toutefois, un travail de libération de la parole doit être initié afin de faciliter les poursuites pénales, voir *infra* n° 502 s.

<sup>1665</sup> Une exception est conservée concernant ces infractions (actes terroristes, trafic de stupéfiants, eugénisme et clonage, disparition forcée) car cette dernière semble moins fondée sur les mœurs que sur la particularité des investigations qui doivent être faites. Cependant, un délai butoir doit être fixé afin de prévenir les risques de poursuites éternelles, au mépris des équilibres précédemment dégagés.

<sup>1666</sup> La référence à la prescription glissante est supprimée.

*L'action publique des crimes mentionnés aux articles 211-1 à 212-3 du code pénal est imprescriptible ».*

Quant à l'article 8 du Code de procédure pénale :

*« L'action publique des délits punis jusqu'à trois ans d'emprisonnement se prescrit par trois années révolues à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder cinq années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'action publique des délits punis de plus de trois ans d'emprisonnement se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder dix années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'action publique des délits mentionnés aux articles 706-47 du présent code et aux articles 222-12 et 434-3 du Code pénal lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit à compter de la majorité de ces derniers<sup>1667</sup>.*

*L'exercice de l'action publique des délits mentionnés à l'article 706-167 du présent code, lorsqu'ils sont punis de dix ans d'emprisonnement, ainsi que celle des délits mentionnés aux articles 706-16 du présent code, à l'exclusion de ceux définis aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du code pénal, et 706-26 du présent code et au livre IV bis du code pénal se prescrivent par les délais de droit commun sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise<sup>1668</sup> ».*

---

<sup>1667</sup> Contrairement à la nouvelle rédaction de l'article, les délais ne sont pas une nouvelle fois étendus concernant les agressions sexuelles sur mineur de quinze ans par un majeur de cinq ans son aîné (article 222-29-1 du Code pénal), les violences aggravées (article 222-12 du Code pénal), l'atteinte sexuelle aggravée (article 227-26 du Code pénal) et la non dénonciation d'une infraction sexuelle sur mineur (article 434-3 du Code pénal).

<sup>1668</sup> Une exception est conservée concernant ces infractions (prolifération d'armes de destructions massives, actes terroristes, trafic de stupéfiant, délit de guerre) car cette dernière est moins fondée sur les mœurs que sur la particularité des investigations qui doivent être faites. Cependant, un délai butoir doit être fixé afin de prévenir les risques de poursuites éternelles, au mépris des équilibres précédemment dégagés.

Concernant les contraventions, l'article 9 du Code de procédure pénale pourrait être celui-ci :

*« L'action publique des contraventions se prescrit par une année révolue à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder deux années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise ».*

Enfin, l'article 9-1 du Code de procédure pénale serait abrogé, de même que le dernier alinéa de l'article 9-2 qui dispose que « Le délai de prescription d'un viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle commis sur un mineur est interrompu par l'un des actes ou l'une des décisions mentionnés aux 1° à 4° intervenus dans une procédure dans laquelle est reprochée à la même personne une de ces mêmes infractions commises sur un autre mineur » qui emprunte à la connexité sans en respecter les critères, afin d'étendre les effets de la prescription glissante<sup>1669</sup>.

Ainsi, la reconnaissance de ces nouveaux fondements juridiques et la déclinaison de ces équilibres à respecter permettraient de retarder le funeste destin qui attend la prescription de l'action publique. Si le report du point de départ doit être conservé, il est essentiel de réduire drastiquement les délais de prescription qui ignorent le sens de l'institution dans le cadre des infractions sexuelles sur mineurs. L'imprescriptibilité s'approche à grand pas et ces éléments pourraient permettre de limiter l'usage pulsionnel et politique d'une institution juridique. Outre cette volonté de rationaliser le régime de la prescription par la valorisation de son sens, il est également possible de proposer une réforme de plus large envergure.

## *2. Un régime idéal*

**456. La césure du procès pénal, un régime idéal.** Une réforme profonde de la procédure pénale permettrait également de sauver la prescription de l'action publique. Menacée de disparaître silencieusement, son régime ne cesse de provoquer son extinction. Aussi, afin de respecter la multitude d'intérêts contradictoires et les fondements de la prescription, il pourrait

---

<sup>1669</sup> Sur le sujet, voir notamment S. DETRAZ, « Le dédoublement des infractions sexuelles », *Droit pénal*, Juin 2021, étude n° 12.

être envisageable de créer une césure entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine, comme le souhaitait M. ANCEL<sup>1670</sup>.

L'objectif de ce promoteur de la Défense sociale nouvelle était lié aux éléments de personnalité du mis en cause. En effet, M. ANCEL souhaitait établir une césure entre la déclaration de culpabilité et le prononcé de la peine afin que les éléments de personnalité n'influencent pas la première étape, tout en étant valorisés lors de la seconde. Cependant, outre les éléments de personnalité, la prescription de l'action publique pourrait également bénéficier de ce système. Partant, dans un premier temps, le procès pénal aurait pour objet de statuer sur la culpabilité de l'individu, ignorant la potentielle prescription de l'action publique. Puis, une césure serait opérée avant que la peine soit prononcée. Ce n'est qu'au sein de cette seconde étape que la prescription de l'action publique pourrait être constatée.

**457. Une utilité certaine.** Couper en deux hémistiches le procès pénal serait souhaitable pour diverses raisons. Tout d'abord, cela permettrait de respecter le sens de la prescription de l'action publique résidant notamment dans la nécessité de la peine, tout en favorisant l'intérêt d'un rappel à la loi.

Par ailleurs, cette césure offrirait une reconnaissance judiciaire à la victime sans pour autant porter atteinte au délai raisonnable. Si la procédure pénale ne saurait dépendre exclusivement de la victime et de son ressenti, il semble néanmoins intéressant que son statut puisse être reconnu. La césure du procès pénal permettrait de reconnaître sa souffrance sans consacrer une certaine volonté vindicative, tendant à considérer la peine uniquement sous son aspect rétributif.

Enfin, cette césure serait de nature à pallier l'impossibilité pour un individu de faire valoir son innocence. Effectivement, la prescription de l'action publique peut s'avérer regrettable pour un individu qui souhaite prouver son innocence. Cet élément, soulevé par A. VARINARD dans sa thèse<sup>1671</sup>, trouverait ainsi un palliatif de taille. Si la première partie du procès, centrée sur la déclaration de culpabilité, ne s'attarde pas sur la prescription, l'auteur de l'infraction sera en mesure de faire valoir son innocence. Si celle-ci est établie, alors tout s'achève ici. En revanche, si l'intéressé est reconnu coupable, la déclaration de culpabilité sera faite, mais la seconde étape,

---

<sup>1670</sup> M. ANCEL, « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de la procédure pénale : recueil d'études en hommage à M. Louis Huguéney*, Institut de droit comparé de la faculté de droit de Paris, Sirey, 1964, p. 205 s.

<sup>1671</sup> A. VARINARD, *La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse, Lyon 3, 1973, p. 238.



celle du prononcé de la peine n'aura pas lieu. Néanmoins, il pourrait être proposé à la victime et à l'agresseur la possibilité d'une autre sphère d'échange, telle qu'une justice restaurative<sup>1672</sup>. La victime ne sera pas oubliée et l'auteur n'échappera pas purement et simplement à sa responsabilité. Cependant, il faut espérer que même en ayant connaissance de la prescription future, la première phase soit menée de façon consciencieuse en reconnaissant que la condamnation n'est pas seulement le prononcé d'une peine par une juridiction de jugement après une déclaration de culpabilité<sup>1673</sup>, mais qu'elle est le fruit d'un processus<sup>1674</sup>. Ainsi, le prononcé de la peine n'est qu'une étape dans la condamnation. C. JACQUIN-RAVOT nomme cela « condamnation-décision », en opposition à la « condamnation-état » qui commence bien en amont et se poursuit bien en aval<sup>1675</sup>. M. HERZOG-EVANS évoque l'idée d'un *continuum* pénal<sup>1676</sup>. Selon cette conception, le prononcé de la peine ne serait pas nécessairement central. Le simple prononcé de culpabilité aurait alors du sens et s'inscrirait d'ores et déjà dans un processus de condamnation.

**458. Une réforme utopiste.** Cette idée modifie profondément notre procédure pénale et c'est en cela qu'il est permis de parler d'un *régime idéal*. La mise en place de la césure du procès pénal nécessite une refonte globale qu'il n'est pas aisé de mettre en place. Bien que celle-ci existe concernant les mineurs, au point d'être généralisée par l'ordonnance du 11 septembre 2019<sup>1677</sup>, cette réforme s'avère également à rebours de la loi du 23 mars 2019

---

<sup>1672</sup> Voir *infra* n° 529 s.

<sup>1673</sup> Nombreuses sont les tentatives de définitions de la notion de condamnation. Elle a pu être désignée comme « la déclaration de culpabilité par une juridiction de jugement, après mise en mouvement de l'action publique » (J. DANET, « Une amende de composition pénale ne peut constituer le premier terme de la récidive », *AJ Pénal* 2010, p. 187 s.), « l'infliction d'une sanction pénale faisant suite à l'établissement de la culpabilité de la personne poursuivie » (S. DETRAZ, « Appel de l'ordonnance d'hospitalisation d'office », *D.* 2010, p. 942 s.), « le prononcé judiciaire d'une Peine à l'encontre d'une personne reconnue coupable d'une infraction pénale » (M. LENA, « Empreinte génétique : condamnation permettant l'inscription au fichier national », *D.* 2008, p. 1484 s.), ou encore « la réunion de deux composantes, à savoir le prononcé d'une sanction pénale à l'encontre d'un individu reconnu coupable des faits par décision de justice » (S. DETRAZ, « Appel de l'ordonnance d'hospitalisation d'office », art préc. ; S. DETRAZ, « Délinquance des mineurs et récidive », *D.* 2011, p. 428 s.). Enfin certaines estiment que la condamnation pénale « suppose, d'une part, l'existence d'une déclaration de culpabilité par une juridiction de jugement, après mise en mouvement de l'action publique et, d'autre part, le prononcé d'une peine au sens technique du terme » (V. PELTIER, « Un an de droit de la peine. Janvier-Décembre 2010 », *Droit pénal*, mars 2011, chron. n° 2).

<sup>1674</sup> C. JACQUIN-RAVOT, *La notion de condamnation pénale*, Thèse, Lyon 3, 2020.

<sup>1675</sup> *Ibid.*

<sup>1676</sup> M. HERZOG-EVANS, « Conclusion. What should the ideal release process look like ? », in M. HERZOG-EVANS (dir.), *Offender release and supervision : The role of Courts and the use of discretion*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 465 s.

<sup>1677</sup> Ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs, *JO* 13 septembre 2019. Selon l'article L. 521-9 du Code de la justice pénale des mineurs : « Lorsqu'elle déclare un mineur coupable des faits qui lui sont reprochés, la juridiction ordonne l'ouverture d'une période de mise à l'épreuve éducative, statue sur les mesures mentionnées à l'article L. 521-14 auxquelles le mineur est soumis

tendant à provoquer une accélération de la procédure de jugement<sup>1678</sup>. L'efficacité remplacerait l'efficacé. Par ailleurs, cela ne converge pas vers un désengorgement des juridictions et des services d'enquête et suppose donc des moyens financiers et humains importants. Pour autant, il est indéniable que la mise en place d'une césure au sein du procès pénal, distinguant la culpabilité de la peine, serait de nature à aborder la culpabilité et le sens de la peine avec davantage de hauteur. Enfin, ce procédé offrirait un régime conforme au sens, aux fondements et aux contradictions sur lesquels repose l'institution de la prescription de l'action publique.

**459. Conclusion de la Section 1.** En définitive, sous l'effet des mœurs, le temps s'est déformé, laissant en suspens la question suivante : quel aspect aurait le temps pénal si ce dernier était débarrassé de toute influence de la morale ? Telle est l'interrogation à laquelle il était nécessaire de répondre. La prescription de l'action publique ne cesse d'être malmenée, notamment face à l'horreur suscitée par les infractions sexuelles sur mineur. Du point de départ du délai à la durée de celui-ci, le temps déborde du droit commun. Cette difficulté à saisir le sens de l'institution se manifeste par la fragilité des fondements sur lesquels la prescription est établie. Nombreux, certes, ces derniers n'en demeurent pas moins instables. Impossible de penser un régime rationnel sans en saisir son sens. À cet égard, la prescription de l'action publique incite à reconsidérer ses racines et son intérêt. Il s'agissait de s'interroger sur le sens juridique de l'institution. Il fut alors permis de reconnaître des fondements juridiques à l'institution tels que la nécessité des peines et le respect du délai raisonnable dans son acception la plus large. Ainsi, grâce à cette réflexion théorique, une rationalisation matérielle de l'influence de la morale sur le temps pénal fut envisagée. À partir du respect d'un quadruple équilibre, la prescription en matière d'infractions sexuelles a pu être examinée et repensée afin de proposer un régime raisonnable tendant à réduire les délais en vigueur, mais également un régime idéal plaidant en faveur d'une césure du procès pénal.

---

durant cette période et renvoie le prononcé de la sanction à une audience ultérieure. La période de mise à l'épreuve éducative court jusqu'à l'audience de prononcé de la sanction ». Sur ce sujet voir notamment N. BEDDIAR, « La césure du procès pénal des mineurs », *AJ Pénal* 2019, p. 483 s.

<sup>1678</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* du 24 mars 2019.

## Section 2 – La rationalisation du soin

**460. De la criminalité à la dangerosité<sup>1679</sup>.** L'usage du concept de dangerosité nécessite de distinguer la dangerosité psychiatrique, liée à l'expression directe de la maladie mentale, et la dangerosité criminologique, révélant la grande probabilité qu'un individu commette une infraction pénale.

Pour autant, même criminologique, la dangerosité conserve de solides liens avec l'idée de la maladie. À ce titre, le regard insistant que porte le droit pénal sur les auteurs d'infractions sexuelles a conduit à les rapprocher des malades pour en faire des individus dangereux. La déviance se situerait à égale distance de la criminalité et de la maladie. Entre la dangerosité criminologique et la dangerosité psychiatrique. La criminalité sexuelle a ainsi engendré le développement d'une politique criminelle du doute, oscillant entre le soin et la répression, entre culpabilité et dangerosité. Désormais, le droit pénal ne peut plus être dissocié du domaine médical<sup>1680</sup> qui s'immisce à la moindre crainte, avec la prétention de tout résoudre.

**461. Les méfaits d'une politique du doute.** L'avènement de cette politique de double voie et l'exceptionnalité de ces mesures après jugement<sup>1681</sup> ont été intimement liés au domaine sexuel avant de s'étendre au reste des infractions. À partir de la notion de dangerosité s'est édifié tout un régime de sanctions fondé sur des mesures de sûreté dont l'utilisation complète celle des peines. Pourtant, loin d'être efficace, ce régime s'est rapidement révélé dangereux<sup>1682</sup>. Tout d'abord, l'ensemble du système du soin pénal se fonde sur une notion insondable, celle de la dangerosité, dont l'utilisation permet de contrôler les corps et les consciences dans un objectif

---

<sup>1679</sup> Sur le sujet voir notamment : G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011 ; G. NIVEAU, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, L'Harmattan, 2011 ; A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011, p. 21 s. ; J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal/ Penal Field*, 2008, vol. V, p. 15 s. disponible sur : <http://champpenal.revues.org/6013> (dernière consultation le 31 août 2021) ; P.-J. DELAGÉ, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 s. ; M. DELMAS-MARTY, « Sécurité et dangerosité », *RFDA* 2011, p. 1096 s. ; J. DOZOIS, M. LALONDE et J. POUPART, « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », *Déviance et Société*, 1981, vol. 5, n° 4, p. 390 s. ; Ch. LAZERGES, « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC* 2012, p. 274 s. ; V. PELTIER, « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre le récidive » in *Mélanges en l'hommage du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 563.

<sup>1680</sup> Voir *supra* n° 293 s.

<sup>1681</sup> En effet, seules les mesures de sûreté après jugement seront étudiées, écartant certaines mesures alternatives, certaines mesures provisoires ou de précaution. Sur ce sujet voir X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 2020, 11<sup>ème</sup> édition, p. 355 s.

<sup>1682</sup> Voir *supra* n° 293 s.

préventif. Progressivement, cette politique du doute a grignoté les libertés individuelles<sup>1683</sup>. Aussi, ce mécanisme mérite désormais d'être repensé et rationalisé. Les auteurs d'infractions sexuelles, à l'image des autres délinquants toujours plus nombreux à être concernés, doivent bénéficier d'une protection de leurs libertés individuelles afin de réintégrer la société et non de s'en retirer à tout jamais. Il s'agit de faire preuve de lucidité afin de repenser le système auquel ces délinquants sont soumis.

À partir de la rationalisation inévitable de la notion de dangerosité (§ 1), il conviendrait de repenser le régime des mesures de sûreté afin d'en extraire le meilleur et d'enrichir la conception classique de la peine (§2).

## § 1 – Les fondements des mesures de sûreté repensés

**462. De l'acte à l'homme.** L'émergence du concept de dangerosité a modifié le paradigme sous lequel les délinquants étaient appréhendés. En effet, à la fin des années 1990, le droit pénal semble avoir pris un virage très serré en acceptant d'oublier pour un temps l'acte commis pour se concentrer sur celui à commettre. Sous l'effet de la dangerosité, le droit pénal ne « sanctionne plus celui qui a violé une règle, mais celui dont l'existence signifie qu'il peut les violer toutes »<sup>1684</sup>. L'homme n'est plus jugé pour ce qu'il fait, mais pour ce qu'il pourrait faire en raison de ce qu'il est. Loin de se limiter aux auteurs d'infractions sexuelles, ces derniers n'en demeurent pas moins particulièrement visés. C'est à propos des crimes sexuels commis sur des mineurs que la notion de dangerosité a commencé son ascension. Ces délinquants ont par la suite été happés par la dangerosité, cet abîme dévorant<sup>1685</sup>. Ainsi, dans une volonté de rationalisation, l'amélioration du concept de dangerosité semble trop hasardeuse pour être retenue (A), seule sa disparition pourrait être bénéfique (B).

### A. L'amélioration hasardeuse du concept de dangerosité

**463. Le piège de l'expertise de dangerosité.** Sonder la dangerosité a quelque chose de passionnant, de stimulant. Savoir par avance qui commettra un acte de nature à porter atteinte

---

<sup>1683</sup> Voir *supra* n° 288 s.

<sup>1684</sup> A. GARAPON et D. SALAS, *La République pénalisée*, Hachette, 1996, p. 90.

<sup>1685</sup> Voir *supra* n° 320 s.

à l'ordre public pourrait s'avérer salutaire. Quel individu est suffisamment dangereux pour commettre une infraction ? D'après le législateur, seul l'expert le sait. Cependant, les expertises de dangerosité n'ont de scientifiques que le nom et s'adaptent mal à l'objet d'étude qu'est l'être humain. En effet, si la méthode clinique n'a de cesse d'être rejetée, l'émergence de la méthode actuarielle ne convainc pas pour autant (1). De même, les nombreux palliatifs proposés ne dissipent pas les craintes flottantes autour du concept de dangerosité (2). L'usage de ces expertises demeure un leurre dont la seule amélioration résiderait dans la suppression.

### *1. Le rejet des méthodes actuelles*

**464. La présentation de la méthode clinique.** La France a longtemps arboré la méthode clinique d'évaluation. Orientée vers la parole, cette méthode valorise l'échange entre le délinquant et un expert psychiatre ou psychologue sommé de déterminer la dangerosité de son interlocuteur. Ce procédé a pour avantage de se fonder exclusivement sur l'individu en tant qu'être à part entière. Chaque délinquant est ainsi observé dans son individualité, à travers son discours et son comportement, non sous le prisme d'allégorismes impassibles.

**465. Une méthode impressionniste.** Si l'individu est au centre de cette procédure, les dangers n'en sont pas moins nombreux. En effet, la méthode clinique apparaît largement tributaire de l'appréciation personnelle d'un individu, l'expert. Bien qu'il soit un professionnel, il ne dispose pas d'une compétence infaillible pour déterminer la dangerosité de ses semblables et ce pour diverses raisons. La première réside dans l'absence de définition statique et objective de la dangerosité<sup>1686</sup>. Avant de déterminer si l'individu est dangereux, encore faut-il s'entendre sur ce que recouvre la dangerosité... En admettant que la dangerosité consiste en un risque de réitération pouvant engendrer des violences physiques ou psychologiques à autrui, comment apprécier ce risque ? La méthode clinique se heurte immédiatement au manque d'objectivité qui lui est intrinsèque.

Par ailleurs, cette démarche n'est pas structurée. Elle ne répond pas à une procédure scientifiquement déterminée. La méthode clinique dépend largement du professionnel, l'expert, et de son ressenti personnel. Le rêve d'une compétence divinatoire se heurte à la réalité subjective. Un professionnel ne retiendra pas nécessairement les mêmes informations que son

---

<sup>1686</sup> Voir *supra* n° 300.

confrère pour déterminer la dangerosité, il ne sera pas saisi par les mêmes éléments et ne mènera sans doute pas l'entretien de la même façon. Des paramètres présentant inévitablement des risques de dangerosité pour un expert, pourront être ignorés ou mis au second plan par un autre.

Le risque de subjectivité dépend également de la sensibilité des experts qui peut les conduire à décentrer l'intuition clinique vers une appréciation guidée par la peur. Ce phénomène est d'ailleurs particulièrement visible lorsque l'expert se contente d'« extraire tel ou tel élément d'observation pour en déduire toutes sortes de raisonnements, sans expliquer ni les motivations de ses choix ni les fondements théoriques sur lesquels il les base »<sup>1687</sup>. De plus, certains déplorent le trop grand intérêt porté à des éléments, tels que la reconnaissance des faits par le condamné. En effet, le positionnement du délinquant par rapport aux faits commis est fréquemment abordé dans les rapports d'évaluation. Dans ce cadre, le déni représente habituellement pour les experts un facteur de risque<sup>1688</sup>. Cependant, des études remettent en cause ce culte de la parole et concluent à l'absence de corrélation entre la reconnaissance des faits et la récidive<sup>1689</sup>.

D'autre part, saisir la dangerosité par la méthode clinique impose d'aborder l'individu à travers différents calques qui se superposent. L'individu disparaît sous des couches successives de discours. Tout d'abord, l'appréhension du risque repose sur le discours de l'individu sur lui-même. Il s'agit donc de saisir ce que le potentiel délinquant choisit de rendre accessible, en interprétant ou non, ses silences. Puis, se superpose à ce premier masque, le discours de l'expert psychiatre ou psychologue qui va entendre une partie de ce discours avant de l'interpréter en vue de répondre à la question du risque et de la dangerosité. Enfin, s'ajoute à cela, le juge qui, à son tour, va devoir appréhender l'expertise afin de se positionner sur la dangerosité d'un individu. Délicat de plaider en faveur d'une impartialité quand tout dépend d'appréciations individuelles juxtaposées, d'autant plus lorsque le juge devra manier des concepts dont il n'est pas nécessairement familier. Au regard de toutes ces remarques, il apparaît que la méthode clinique repose sur des fondements instables. Ce triste constat a engendré une véritable remise en cause de cette méthode.

---

<sup>1687</sup> P. DELACRAUSAZ et J. GASSER, « La place des instruments d'évaluation du risque de récidive dans la pratique de l'expertise psychiatrique pénale : l'exemple lausannois », *L'information psychiatrique*, 2012, p. 439 s., spéc. p. 441.

<sup>1688</sup> Cela heurte néanmoins un élément majeur de notre système pénal : le droit au silence et celui de ne pas contribuer à sa propre incrimination.

<sup>1689</sup> M. HERZOG-EVANS, « Exécution des peines, délinquance sexuelle et "positionnement quant aux faits" : enjeux juridiques et criminologiques », *AJ Pénal* 2012, p. 632 s. ; voir également S. LAVRIC, « L'aveu : gage de vérité ? », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 111 s.

**466. Une partialité aux effets torrentiels.** Certains auteurs considèrent que les évaluations cliniques non structurées présentent des estimations proches du hasard<sup>1690</sup>. D'autres ont qualifié cette méthode d'« impressionniste, subjective, non validée scientifiquement, et fondée sur des corrélations intuitives »<sup>1691</sup>. En effet, les experts n'ont que leur propre ressenti pour fonder l'appréciation du risque. De fait, ils ne peuvent être hermétiques au délicat contexte qui entoure des évaluations de dangerosité. L'expert est saisi en connaissance de cause. Il connaît la prévention retenue contre l'individu qui se trouve face à lui. L'atmosphère ne semble donc pas tendre vers une réelle objectivité que l'on serait en droit d'attendre d'un examen scientifique.

De même, il n'est plus permis de nier les conséquences désastreuses que peut engendrer une erreur d'appréciation. La figure de l'expert prend le risque d'être largement stigmatisée si, par malheur, l'opinion publique a connaissance d'un crime pour lequel l'auteur a déjà été condamné sans avoir été considéré comme dangereux. Face à ce risque, « le doute profite à la sécurité »<sup>1692</sup>. Cette crainte de l'opprobre public se couple également avec une crainte de poursuites pénales. En effet, certaines juridictions n'ont pas hésité à mettre en cause des experts pour homicide involontaire, en raison d'un « défaut d'appréciation de la dangerosité »<sup>1693</sup>. Il n'est donc pas étonnant de voir s'installer une « logique immunitaire »<sup>1694</sup> qui tend à favoriser une conception particulièrement large de la dangerosité<sup>1695</sup>.

Sur cette méthode repose tout le poids des mœurs, de la valeur donnée à la parole de l'autre et de l'appréhension de cette dernière selon des schémas qui nous sont propres. L'aspect éminemment subjectif de la méthode clinique produit des conclusions erronées, oscillant entre les faux positifs et les faux négatifs. Dans le premier cas, l'expert affirme que l'individu est dangereux alors que ce n'est pas le cas. Dans le second, l'expert affirme que l'individu n'est pas dangereux, pourtant, il s'avère l'être. Cette seconde forme d'erreur a une influence

---

<sup>1690</sup> J. MONAHAN, « Clinical and Actuarial Predictions of Violence », in D. FAIGMAN and al. (eds.), *From modern scientific evidence: the law and the science expert testimony*, West Publishing Corporation, 1, 1997, p. 300 s. cité par V. GAUTRON et É. DUBOURG, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », *Criminocorpus*, 26 janvier 2015, disponible sur : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/2916> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1691</sup> A. BARATTA, *Évaluation et prise en charge des délinquants et criminels sexuels*, Institut pour la justice, 2011.

<sup>1692</sup> J. HERRMAN, « Le doute profite à la sécurité. Dangerosité et droit pénal en Allemagne », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 143 s.

<sup>1693</sup> Dans l'affaire dite « Luc Meunier », du nom de la victime, un individu schizophrène poignarde un étudiant de 26 ans après avoir obtenu l'autorisation de sortir dans le parc de l'hôpital de Saint-Egrève, un lieu qui n'était ni surveillé ni clôturé. Le psychiatre ayant donné l'autorisation a été condamné en première instance et en appel à de l'emprisonnement avec sursis pour homicide involontaire (CA Grenoble, 16 mai 2018).

<sup>1694</sup> D. KAMINSKI, *Pénalité, management, innovation*, PU de Namur, 2009, p. 103.

<sup>1695</sup> Voir *supra* n° 300.

immédiate sur l'expert qui risquerait d'être vigoureusement exposé sur la scène publique. Ce risque ne serait-il pas de nature à influencer l'expert de la dangerosité ? Nombreux sont les auteurs qui, après certaines études, estiment que la moitié<sup>1696</sup>, voire les deux tiers<sup>1697</sup> des personnes considérées dangereuses, ne le seraient pas. Certains considèrent cette méthode moins fiable qu'un « pile ou face »<sup>1698</sup>. Précisons que l'avenir ne peut attester de la véracité de l'expertise car la preuve contraire est impossible à rapporter. Impossible de savoir si les individus enfermés pour une rétention de sûreté auraient réitéré leurs méfaits.

Il ne s'agit pas de nier toute qualité professionnelle aux différents experts, mais seulement de faire état d'une réalité selon laquelle la méthode clinique ne permet pas d'accéder avec certitude à la dangerosité d'un individu. Au regard des conséquences issues de la déclaration de dangerosité cette méthode doit donc à tout prix être abandonnée.

**467. Présentation de la méthode actuarielle<sup>1699</sup>.** Face aux reproches intarissables que suscitait la méthode clinique, la méthode actuarielle s'est développée. « À l'instar des recherches menées par Ernest Burgess ou par les époux Glueck dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, et sous l'influence croissante du mouvement de la "nouvelle pénologie", des chercheurs ont construit différentes échelles de prédiction des risques de récidive »<sup>1700</sup>. Certains *items* contrôlés sont statiques, tels que le sexe, l'âge ou les antécédents judiciaires. D'autres sont dynamiques, ils sont susceptibles d'évoluer. Il s'agit de la situation socio-professionnelle,

---

<sup>1696</sup> A. VON HIRSCH et A. ASHWORTH, *Protective Sentencing Under Section 2 (2) (b) : The Criteria For Dangerousness*, *The Criminal Law Review*, 1996, p. 55 s. cité par A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », art. préc., spéc. p. 22.

<sup>1697</sup> M. CUSSON, *Pourquoi punir ?* Dalloz, Criminologie et droits de l'homme, 1987, p. 132 s. ; J. MONAHAN, *The prediction of violent behavior : a methodological approach critique and prospectus*, in *U.S. National academy of sciences, Deterrence and incapacitation*, Washington, 1978, p. 244 s., cité par C. MONTANDON, « Actualités bibliographiques : la dangerosité, revue de la littérature anglo-saxonne », *Déviante et Société*, 1979, III, p. 94 s., spéc. p. 98 ; J. MONAHAN, « The clinical prediction of violent behavior », in S.-A. SHAW (dir.), *National Institute of mental health, N.I.M.H., DHHS, Publication, n° ADM 81-921, Washington, DC, U.S. Government printing Office*, 1981 ; G. PARENT, J.-P. GUAY et R. A. KNIGHT, « Évaluation de la validité prédictive de neuf instruments chez les agresseurs sexuels adultes », *Criminologie*, 2009, vol. 42, p. 233 s.

<sup>1698</sup> B. JUNIOR ENNIS et T.-R. LITWACK, *Psychiatry and the presumption of expertise : flipping coins in the courtroom*, *California Law Review*, 1974, LXII, p. 693 s., cité par J. DOZOIS, M. LALONDE et J. POUPART, « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexions à partir d'une recherche en cours », art. préc., spéc. p. 390.

<sup>1699</sup> Voir notamment : P. M. HARRIS, « What Community Supervision Officers Need to Know About Actuarial Risk Assessment and Clinical Judgment », *Federal Probation*, 2006, p. 8 s. ; T. R. LITWACK et L. B. SCHLESINGER, « *Dangerousness Risk Assessments : Research, Legal, and Clinical Considerations* », in A. K. HESS & I. B. WEINER (dir.), *The Handbook of Forensic Psychology*, John Wiley & Sons, 1999, p. 171 s. ; B. QUIRION et L. D'ADDESE, « De l'évaluation clinique au calcul de probabilité : le recours aux outils actuariels dans les pénitenciers canadiens », *Criminologie*, vol. 44, 2011, p. 225 s.

<sup>1700</sup> É. DUBOURG, « Les instruments d'évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels », *Criminocorpus*, 03 mars 2016, disponible sur : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/3186> (dernière consultation le 31 août 2021)



familiale, sanitaire... En s'appuyant sur ces différents éléments, cette méthode utilise des statistiques pour prédire la dangerosité des individus. Contrairement à la méthode clinique, cette approche se veut objective et apparaît comme un « un gage de précision et d'efficacité »<sup>1701</sup>. En 2011, un expert psychiatre écrivait : « L'État devrait se fixer comme objectif qu'aucune libération conditionnelle ne soit possible sans que la juridiction d'application des peines ne dispose d'une évaluation actuarielle du risque de dangerosité. [...]. À moyen terme, on pourrait envisager d'exclure des expertises post-sentencielles les experts non formés aux échelles actuarielles »<sup>1702</sup>.

*A priori* cette démarche scientifique a tout pour séduire. Aussi, après y avoir longtemps été hostile, la France semble progressivement l'adopter. Depuis 2018, les SPIP sont encouragés à l'appliquer comme en témoigne le référentiel des pratiques opérationnelles sorti en 2018, à destination des services pénitentiaires d'insertion et de probation.

**468. Les doutes entourant la méthode actuarielle.** Cependant, certaines zones d'ombre ne peuvent être ignorées. Loin d'être infaillibles, ces outils comportent le risque de donner lieu à une évaluation inexacte des individus considérés dangereux<sup>1703</sup>. Au fil des ans, la méthode actuarielle est passée de la première à la quatrième génération. Alors que les premières générations se concentraient autour de variables statiques, induisant une large marge d'erreur, les troisième et quatrième générations ont intégré des variables dynamiques qui n'empêchent pas pour autant les mauvaises interprétations. Si celles-ci permettent de quitter pour un temps la froideur des statistiques<sup>1704</sup>, en intégrant les spécificités individuelles des délinquants, ces outils réintègrent en même temps une part de subjectivité. En effet, l'introduction de variables dynamiques génère nécessairement des interprétations personnelles et subjectives dans leur

---

<sup>1701</sup> B. QUIRION et L. D'ADDESE, « De l'évaluation clinique au calcul de probabilité : le recours aux outils actuariels dans les pénitenciers canadiens », art. préc., spéc. p. 229 ; voir également M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ Pénal* 2012, p. 75 s.

<sup>1702</sup> A. BARATTA, *Évaluation et prise en charge des délinquants et criminels sexuels*, Institut pour la justice, 2011, p. 25.

<sup>1703</sup> Voir notamment M. VACHERET, J. DOZOIS et G. LEMIRE, « Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie - la notion de risque », *Déviante et société*, 22, 1, 1998, p. 37 s. ; D. FARRINGTON, D. JOLLIFFE et L. JOHNSTONE, *Assessing Violence Risk: A Framework for Practice*, Institute of Criminology, Cambridge University, 2008 ; P. PONCELA, « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 93 s., spéc. p. 108 s.

<sup>1704</sup> Selon M.-C. SORDINO : « l'échelle actuarielle ne saurait remplacer totalement un examen clinique, individualisé, qu'il soit ou non semi-structuré », M.-C. SORDINO, « Neurosciences et droit pénal : des connexions dangereuses ? », in P. LARRIEU et al. (dir.), *Neuro-lex sed...dura-lex, L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques et les autres sciences humaines et sociales*, *Journal de droit comparé du Pacifique*, 2013, p. 173 s., spéc. p. 198.

interprétation. Ils allient la méthode actuarielle et la méthode clinique. Comment espérer appréhender objectivement le « style de vie antisocial » d'un individu ? « Ces méthodes réintroduisent le pouvoir discrétionnaire des évaluateurs, de sorte qu'on en revient au bricolage reproché jusqu'alors aux cliniciens »<sup>1705</sup>. Ainsi, certains auteurs plaident en faveur d'un retour à l'aspect exclusivement scientifique des méthodes de première et deuxième génération. Selon M. HERZOG-EVANS, « cette introduction d'éléments cliniques discrétionnaires a été faite afin de contourner la résistance psychologique des praticiens (agents de probation, *forensic psychologists*...) face aux outils actuariels. En réalité, elle n'ajoute strictement rien à la qualité de l'évaluation qui est faite et présente même le risque, en introduisant de l'appréciation discrétionnaire, d'en réduire la fiabilité »<sup>1706</sup>.

Il apparaît que la fiabilité des outils d'évaluation est surévaluée. La toute-puissance de ces éléments est remise en question, notamment en raison du fait que leur fiabilité est souvent évaluée par ceux-là même qui ont créé ces méthodes. Puis, comme le soulignent V. GAUTRON et É. DUBOURG<sup>1707</sup>, la représentativité laisse parfois à désirer puisque les groupes de délinquance retenus ne sont pas nécessairement symptomatiques de la population dans laquelle se trouve l'individu à évaluer<sup>1708</sup>. À titre d'exemple, l'échelle Statique-99<sup>1709</sup> a été élaborée et testée sur des personnes de sexe masculin, enfermées dans des établissements hospitaliers ou des établissements pénitentiaires de haute sécurité et présentant de fait un risque plus élevé que les délinquants auxquels ce test a vocation à s'appliquer<sup>1710</sup>. À ce titre, la méthode n'hésite pas à préciser : « n'oublions pas qu'une marge d'erreur est inhérente à tout exercice visant à mesurer quelque chose »<sup>1711</sup>. Ce décalage engendrerait nécessairement une surévaluation du risque de récidive.

---

<sup>1705</sup> V. GAUTRON et É. DUBOURG, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », art. préc.

<sup>1706</sup> M. HERZOG-EVANS, « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », art. préc., spéc. p. 78.

<sup>1707</sup> V. GAUTRON et É. DUBOURG, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », art. préc.

<sup>1708</sup> G. NIVEAU, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, op. cit..

<sup>1709</sup> Cette échelle a été élaborée dans les années 1990 par R. Karl Hanson et David Thornton. Il s'agit d'une des échelles actuarielles les plus couramment utilisées pour évaluer le risque de récidive chez les délinquants sexuels. Concernant la méthode employée et actualisée en 2003 : [http://www.static99.org/pdffdocs/french\\_static99\\_codingrules.pdf](http://www.static99.org/pdffdocs/french_static99_codingrules.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021)

<sup>1710</sup> K. HANNAH-MOFFAT, « Punishment and risk », *The Sage Handbook of Punishment and Society*, Jonathan Simon, Richard Sparks, Sage, 2013a, p. 129 s. cité par V. GAUTRON et É. DUBOURG, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », art. préc.

<sup>1711</sup> [http://www.static99.org/pdffdocs/french\\_static99\\_codingrules.pdf](http://www.static99.org/pdffdocs/french_static99_codingrules.pdf), spéc. P. 8 (dernière consultation le 31 août 2021).

En définitive, de la méthode clinique à la méthode actuarielle, les risques demeurent. Favoriser une pure application de la méthode actuarielle ou une combinaison de cette méthode avec les outils cliniques se révèle dangereux. Alors qu'il était permis de douter d'une méthode actuarielle centrée autour d'éléments statistiques, loin de l'homme qui se cache derrière eux, l'intégration d'éléments dynamiques n'est guère plus rassurante. Les perspectives d'amélioration paraissent hasardeuses. Si les statistiques peinent à convaincre en raison de l'humain qu'elles sont censées évaluer, les outils cliniques présentent le risque de se confondre avec l'expert en tant qu'homme et non en tant que scientifique. La dangerosité demeure « un pronostic qui voudrait se faire passer pour un diagnostic »<sup>1712</sup>

## *2. Le rejet de palliatifs parcellaires*

**469. Des palliatifs à relativiser.** Face aux faiblesses des méthodes actuelles, il est permis de proposer des solutions concrètes de nature à améliorer les outils existants. Toutefois, impossible de se contenter d'évoquer la nécessité d'améliorer les moyens et les formations des experts. Si une méthode permettait d'ores et déjà de prédire l'avenir criminel, il serait en effet essentiel de l'utiliser et de former les experts. Or, un tel outil n'existe pas encore et c'est ailleurs qu'il faut chercher les solutions.

**470. Une pluralité d'experts.** Confronté aux déficiences de la méthode clinique et notamment de la subjectivité intrinsèque à cette méthode, confronté aux risques d'erreurs propre à l'interprétation des outils actuariels<sup>1713</sup> et leur marge d'erreur, la première possibilité consiste à multiplier le nombre d'experts. Puisque l'avis d'un expert ne saurait contenter le désir d'objectivité, peut-être que le fait de confronter ce dernier à un autre professionnel pourrait s'avérer satisfaisant. Cette solution aurait pour premier objectif de diminuer la marge d'erreur et favoriser l'échange et la discussion entre les professionnels afin d'enrichir leurs méthodes. Aussi, l'Académie Nationale de Médecine recommandait de « mettre en place des débats contradictoires ou des collèges d'experts psychiatres »<sup>1714</sup>. Cependant, si *a priori* l'idée peut

---

<sup>1712</sup> M. FOUCAULT, *Surveiller et Punir : la naissance de la prison*, Gallimard, 1994, p. 258.

<sup>1713</sup> K. HANNAH-MOFFAT, « Actuarial sentencing: an “unsettled” proposition », *Justice Quarterly*, 30, 2, 2013b, p. 270 s. : selon l'auteur, peu de professionnels interprètent correctement les scores de probabilité, avec des confusions fréquentes entre corrélation et causalité.

<sup>1714</sup> Académie nationale de médecine, Évaluation de la dangerosité psychiatrique et criminologique, Rapport au nom d'un groupe de travail Commission 5 « Psychiatrie et santé mentale », Commission 17 « Éthique et droit » et Conseil National des Compagnies d'Experts de Justice (CNECJ), 6 novembre 2012, p. 13, disponible sur :

sembler intéressante, il est fortement permis de douter de cette solution. Tout d’abord, des études ont souligné le fait que les experts professionnels ne parvenaient pas nécessairement à s’accorder. Dans les trois quarts des affaires examinées, le degré d’accord n’a été atteint que dans moins de 50 % des cas<sup>1715</sup>. Certes, l’absence de consensus pourrait induire une part de contradictoire dans la procédure d’expertise. Néanmoins, comme le souligne A. COCHE, « en cas de désaccord entre les experts, le juge ne prend quasiment jamais le risque de considérer que l’intéressé n’est pas nocif. Il suffit qu’un expert, même s’il est isolé, affirme l’existence d’un état dangereux pour que le juge lui donne raison »<sup>1716</sup>. De plus, l’accord entre les professionnels ne saurait garantir la présence ou l’absence d’une réelle dangerosité chez l’individu. Exiger une majorité de deux tiers ou quatre cinquièmes n’aurait pas pour effet d’assurer la véracité d’une telle expertise. En définitive, cette solution n’apparaît donc pas optimale, sans compter les moyens humains que cela impliquerait.

**471. Relativiser la valeur de l’expertise de dangerosité.** D’autre part, il est possible de relativiser le poids des experts en informant les destinataires de la marge d’erreur émanant des expertises de dangerosité. La principale difficulté tient à l’illusion d’une évaluation scientifique de la dangerosité. « Or, pareil postulat encourage au scepticisme tant les méthodes sont controversées »<sup>1717</sup>. Ainsi, une meilleure information des professionnels du droit permettrait de renforcer la légitimité de ces expertises. Cette information nourrirait également le débat lors de l’audience. En renversant le paradigme, il ne s’agirait donc pas d’améliorer les expertises mais de réduire leur valeur. L’objet de ce palliatif serait de redonner un poids à l’intime conviction du juge. Pour ce faire, il serait possible de modifier les questions posées à l’expert afin d’évincer tous questionnements liés à la récidive ou à la commission d’autres infractions<sup>1718</sup>. Cependant, l’intérêt de cette solution interroge. Les magistrats ont d’ores et déjà connaissance de cet aspect faillible. La seule existence et présence d’un professionnel qualifié d’expert induit néanmoins l’idée d’une appréciation scientifique du risque. La situation actuelle laisse à penser qu’en dépit de cette information, les juges auront nécessairement tendance à suivre l’avis de l’expert. Par ailleurs, le simple fait de ne pas mentionner la récidive ne suffira pas à limiter l’influence du

---

<http://www.academie-medecine.fr/wp-content/uploads/2013/07/ANM-dangerosit%C3%A9-26.09.12docm.pdf> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1715</sup> J.-P. OLIE, W. DE CARVALHO et C. SPADONE, « Expertise mentale dans le déroulement du processus pénal : le point de vue du psychiatre-expert », *L’expertise*, Dalloz, 1995, p. 23.

<sup>1716</sup> A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », art. préc., spéc. p. 23.

<sup>1717</sup> J.-P. VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, Thèse, Université de Lorraine, 2013, p. 628.

<sup>1718</sup> *Ibid*, p. 631. Sur cette question voir également J. LEBLOIS-HAPPES, « Rétenion de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d’une comparaison franco-allemande », *AJ Pénal* 2008, p. 209 s.

professionnel dont les propos pourront aisément être interprétés par les magistrats. La portée de cette mise en garde reste très limitée et ne permet pas, à elle seule, de résoudre les défaillances de ce système.

**472. L'élaboration d'une théorie de la preuve.** Enfin, certains auteurs proposent de développer une théorie de la preuve. A. COCHE affirme que les juristes doivent reprendre en main les expertises, indigentes. Pour ce faire, il serait envisageable d'établir une théorie générale en répondant à diverses interrogations, « quelle définition de la dangerosité retenir ? Existe-t-il, à côté de l'appréciation judiciaire de la dangerosité, une appréciation législative ? Notre droit pose-t-il une présomption générale de dangerosité ou d'innocuité ou la matière est-elle régie par le principe *actori incumbit probatio* ? Plus largement, sur qui pèse la charge de la preuve de l'innocuité ou de la dangerosité ; sur la personne poursuivie ou condamnée ou sur le ministère public ? Des présomptions spéciales de dangerosité ou d'innocuité sont-elles posées par notre droit ? Ces présomptions sont-elles simples, irréfragables ou mixtes ? Quels sont les critères de dangerosité que le législateur et les magistrats peuvent considérer comme dignes d'intérêt en conséquence des apports de la criminologie ? Les juges doivent-ils motiver leur appréciation de l'état dangereux ? D'autres mesures d'instruction que les expertises pourraient-elles avantageusement concourir à l'appréciation de la dangerosité ? »<sup>1719</sup>. Si l'idée peut séduire et répondrait à cette nécessité de ne pas abandonner le juridique au médical, cette proposition se heurte immédiatement à la réalité exposée jusqu'ici. Que les expertises soient irréfragables, que la présomption soit simple, que le doute prime en faveur de l'accusé et non de la sécurité, que les magistrats aient pour devoir de motiver toute décision retenant la dangerosité du mis en cause, rien ne permettra de combler suffisamment les risques intrinsèques à l'évaluation de la dangerosité. Tant que subsistera ce concept et sa fausse appréciation scientifique, les risques subsisteront également.

La volonté de pallier les faiblesses des outils d'évaluation de la dangerosité se heurte immédiatement à de nombreuses difficultés. Des solutions sporadiques ne sauraient suffire car cette expertise est intrinsèquement biaisée. En effet, le simple fait de procéder à l'examen d'un individu par un professionnel en vue d'établir le risque qu'il représente associe des entités antinomiques. L'expert, le professionnel, le scientifique d'un côté, l'homme, l'avenir et l'évolution de l'autre. Les solutions ne peuvent fonctionner car dès la source, la relation est

---

<sup>1719</sup> A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », préc. cit., spéc. p. 28.

fallacieuse. Ainsi, l'unique possibilité réside dans la suppression de l'expertise de la dangerosité.

### **B. La suppression bénéfique de l'expertise de la dangerosité**

**473. Une exigence européenne.** L'évaluation de la dangerosité n'est pas une particularité française. Au niveau supranational, cette notion a également su s'imposer. Une directive européenne du 13 décembre 2011 prévoit la mise en place d'une politique de lutte contre la commission d'infractions sexuelles à l'égard des mineurs, au sein de laquelle apparaît la notion de dangerosité<sup>1720</sup>. Selon l'article 24, paragraphe 4 de cette directive, les États membres doivent prendre les mesures nécessaires pour que les personnes condamnées ou visées par une procédure pénale « fassent l'objet d'une évaluation du danger qu'elles représentent et des risques éventuels de réitération de l'une des infractions visées aux articles 3 à 7, dans le but d'identifier les programmes ou mesures d'interventions appropriées »<sup>1721</sup>. La dangerosité des délinquants sexuels doit faire l'objet d'une évaluation comme le prescrit l'Union européenne. De fait, il « paraît difficile pour le droit français de faire marche arrière en matière de dangerosité »<sup>1722</sup>. Néanmoins, cette directive ne mentionne nullement les moyens d'évaluation à mettre en place. Par conséquent, en intégrant cette directive, la loi du 5 août 2013<sup>1723</sup> n'a en rien modifié son système d'évaluation de la dangerosité, en dépit des imperfections évidentes. Peut-être est-ce là où se situe le vide à exploiter.

**474. Le refus d'une marge d'erreur.** Bien qu'ayant évolués, les outils actuels ne semblent pas satisfaire pour autant. Après avoir créé l'illusion d'une expertise scientifique, ces derniers ne répondent pas au besoin d'inaffabilité exigé par le domaine de l'expertise. Le fait de faire examiner l'individu par un professionnel afin que celui-ci détermine sa dangerosité laisse supposer qu'il en est capable. Les expertises conservent l'aura scientifique sans en avoir la substance.

---

<sup>1720</sup> Directive 2011/92/EU du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision cadre 2004/68/JAI du Conseil, *JOEU* 17 décembre 2011, L 335/1.

<sup>1721</sup> J.-P. VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, *op. cit.*, p. 610.

<sup>1722</sup> *Ibidem*.

<sup>1723</sup> Loi n° 2013-711 du 5 août 2013, portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France, *JO* 6 août 2013.

Aussi, il n'est pas permis d'user de l'expertise comme d'une vérité, tout en laissant subsister une marge d'erreur qui permettrait d'enfermer un individu pour une durée indéterminée<sup>1724</sup>. Afin d'illustrer les conséquences de la marge d'erreur de ces expertises, V. GAUTRON et É. DUBOURG citent l'exemple d'un calcul effectué par LIVERMORE et ses collaborateurs : « admettons qu'une personne sur mille va tuer et admettons qu'un test très précis peut différencier avec 95 % d'efficacité ceux qui vont tuer de ceux qui ne vont pas tuer. Si nous testions 100 000, sur les 100 qui vont tuer, 95 % seraient retenus. Mais malheureusement, sur les 99 900 qui ne vont pas tuer, 4 995 personnes seraient retenues comme des tueurs potentiels »<sup>1725</sup>. Jusqu'à présent aucun outil ne permet de déterminer avec précision la dangerosité d'un individu. Le concept est d'ailleurs trop mouvant pour permettre un tel procédé. En effet, au-delà des outils utilisés, la notion même de dangerosité pose des difficultés. Ce ne sont pas les outils qui ne suffisent pas, mais l'objet qui n'existe pas. La dangerosité est introuvable. Ces failles rendent impossible l'espoir d'une amélioration satisfaisante. Il convient, non pas d'améliorer les expertises de dangerosité, mais de les supprimer.

**475. Le retour à une appréciation juridique.** L'intime conviction du juge a quelque peu disparu derrière l'image de l'expert. « Dans ces conditions, pourquoi recourir au juge, sinon pour assurer formellement le respect d'une garantie judiciaire qu'il n'est plus en mesure d'offrir ? »<sup>1726</sup>. La valeur attribuée à l'expertise ne peut qu'influencer grandement les décisions judiciaires car il s'agit de la parole d'un professionnel, d'un scientifique, d'un *sachant*. Il appert trop risqué de laisser supposer que la dangerosité d'un individu puisse s'observer. L'expertise de dangerosité doit quitter le champ pénal car elle ne saurait reposer sur une réalité tangible observable. Il ne s'agit pas de refuser toute analyse d'une potentielle récidive, imposée notamment par la directive du 13 décembre 2013, mais seulement de laisser cette analyse aux magistrats et de ne plus la faire dépendre d'une prétendue valeur objective. Ce procédé permettrait de répondre aux exigences européennes tout en réduisant la confusion suscitée par la notion d'expertise. En effet, pour apprécier la dangerosité, les psychiatres et les psychologues utilisent souvent des éléments non psychiatriques et non psychologiques, tels que les antécédents pénaux. Ces éléments sont également accessibles et pris en compte par le juge. Le

---

<sup>1724</sup> Il est ici fait référence à la rétention de sûreté. Voir *supra* n° 173.

<sup>1725</sup> Cité par V. GAUTRON et É. DUBOURG, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », art. préc.

<sup>1726</sup> J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 47 s. spéc. p. 68.

sens commun constitue un lieu d'analyse aussi fiable que le sont les prétendus outils d'évaluation. Le casier judiciaire permet de déterminer s'il s'agit d'un délinquant d'habitude ou professionnel. Il est d'ailleurs aisé d'admettre que plus un comportement est intégré dans le passé, plus il sera délicat de s'en débarrasser. De même, les magistrats ont tout à fait la possibilité d'interroger la situation familiale, sociale, professionnelle ou sanitaire du délinquant. L'utilisation fréquente de drogue ou d'alcool pourra être prise en compte, tout comme l'insertion sociale de l'individu et le nombre de facteurs de résilience. La seule différence entre cette appréciation par le juge et celle décrite par l'expert réside dans la subjectivité affichée ou dissimulée. La Cour de cassation a d'ailleurs récemment reconnu la fragilité des expertises en considérant que l'injonction de soin pouvait être prononcée par un juge dans le cadre d'un suivi-socio judiciaire, quand bien même les expertises affirmaient son inopportunité<sup>1727</sup>. Cette interprétation stricte de la loi, ignorant sa *ratio legis*<sup>1728</sup>, témoigne aisément de la possibilité d'agir sans expertises. Si le risque de se méprendre existe dans les deux cas, la suppression de la notion de dangerosité permettra de dissiper tout faux semblant et de se débarrasser de l'illusion d'appréciation scientifique.

Cette démarche nécessitera toutefois d'éduquer l'opinion publique sur l'impossibilité d'accéder à un risque zéro. Actuellement, la présence de l'expert de dangerosité ne laisse aucune place tangible pour l'erreur, ce qui conduit également à un tout sécuritaire. En supprimant l'expertise de dangerosité, le législateur sera bel et bien contraint d'admettre son impossibilité à garantir l'absence de récidive, ce que constate régulièrement l'opinion publique. Cette démarche consistera donc à faire preuve d'humilité. « Dans l'état actuel des connaissances, nous risquons moins de nous égarer avec le sens commun qu'avec la pseudo-science de ceux qui croient avoir un accès direct à l'âme criminelle »<sup>1729</sup>. Comme le rappelle A. COCHE, laisser l'appréciation de la dangerosité aux magistrats professionnels ne fragilisera pas la défense de la société car il n'a jamais été prouvé que les expertises de dangerosité permettent une meilleure protection que celle de l'appréciation du juge sans l'aide d'un expert<sup>1730</sup>.

---

<sup>1727</sup> Cass. crim. 16 novembre 2019, n° 18-84.374 ; J.-B. THIERRY, « Le littéral et le téléologique : à propos de l'injonction de soins », *AJ Pénal* 2019, p. 609 s.

<sup>1728</sup> L'article 131-36-4 du Code pénal prévoit que « sauf décision contraire de la juridiction, la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire est soumise à une injonction de soins [...], s'il est établi qu'elle est susceptible de faire l'objet d'un traitement, après une expertise médicale ordonnée conformément aux dispositions du code de procédure pénale ». Ainsi, selon la Cour de cassation le prononcé de l'injonction de soins se satisfait de deux conditions : la personne doit être susceptible de faire l'objet d'un traitement et une expertise doit avoir été réalisée. Peu importe la conclusion de l'expert.

<sup>1729</sup> M. CUSSON, *Pourquoi punir ?*, *op. cit.*, p. 137.

<sup>1730</sup> A. COCHE, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », art. préc., spéc. p. 28.



## § 2 – Le régime des mesures de sûreté révisé

**476. Repenser les mesures de sûreté.** Fondées sur le concept de dangerosité, l'émergence des mesures de sûreté après jugement<sup>1731</sup> a immédiatement intéressé le délinquant sexuel, s'apparentant à un cobaye sur lequel sont testées toutes les expériences pénales<sup>1732</sup>. Tournées vers l'avenir, ces mesures ont eu pour objet de compléter les peines par un effet d'adjonction qui devait permettre de prévenir la commission de nouvelles infractions. Si l'usage actuel des mesures de sûreté s'avère catastrophique, l'idée d'origine ne saurait être entièrement rejetée. L'avènement de ces mesures a en effet permis de considérer autrement le système pénal et notamment le rôle de la peine. Elles ont suscité une nouvelle vision du droit pénal et ont élargi les enjeux et les possibilités de la matière.

Loin de plaider en faveur de la suppression des mesures de sûreté (A), l'enrichissement réciproque des peines et des mesures de sûreté en une seule et même sanction pourrait s'avérer salvateur (B).

### A. Le refus de suppression

**477. Retour aux confins des mesures de sûreté.** En s'interrogeant sur les origines des mesures de sûreté, il apparaît que ces dernières ont tenté d'anticiper l'avenir, délaissant pour un temps la simple rétribution. Sans faire disparaître les peines, elles ont eu le mérite de proposer une autre manière d'agir sur la délinquance. L'idée des mesures de sûreté apparaît ainsi remarquable et justifie que l'on s'en inspire (1). Par ailleurs, la proximité indéniable qu'ont fini par avoir les mesures de sûreté et les peines témoigne de leur impossible suppression. Comment plaider leur disparition après avoir constaté leur lien tangible avec les peines ? Cela conduirait à souhaiter l'abolition du système pénal. Au contraire, cette proximité<sup>1733</sup> mérite d'être exploitée (2).

---

<sup>1731</sup> Les mesures de sûreté avant jugement sont écartées. Sur ce sujet voir X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 2020, 11<sup>ème</sup> édition, p. 355 s.

<sup>1732</sup> Voir *infra* n° 582 s.

<sup>1733</sup> Sur le pouvoir mystificateur du langage voir M. VAN DE KERCHOVE, *Sens et non sens de la peine : entre mythe et mystification*, PU de Saint-Louis, 2009, p. 95 s., spéc. p. 97 : « Dans ce cas, ce sont des mots différents qui recouvrent des réalités identiques, ou tout au moins similaires ».

### 1. Une idée profitable

**478. Des mesures paradoxales.** Souvent blâmées, maintes fois décriées, les mesures de sûreté sont à juste titre au centre de nombreuses critiques<sup>1734</sup>. Pour autant, difficile de rejeter l'idée d'origine, celle de protéger la société et réduire la dangerosité des délinquants afin de se prémunir contre toute forme de récidive. De façon schématique, les mesures de sûreté telles qu'elles sont connues semblent être la matérialisation néfaste d'une idée profitable.

**479. Retour sur l'idée d'origine.** Si l'origine des mesures de sûreté est souvent attribuée à la doctrine positiviste, il semble en réalité que leur naissance soit antérieure. En effet, sans retracer tout le chemin qu'elles ont parcouru, soulignons que dès le Code de 1810 un certain nombre de peines semblait déjà avoir pour objet la neutralisation du délinquant coupable<sup>1735</sup>. Selon E. DREYER les positivistes n'ont jamais eu le monopole des préoccupations de défense sociale<sup>1736</sup>. L'originalité des positivistes se situe ailleurs puisque ces derniers souhaitaient substituer les mesures de sûreté, aux peines inefficaces. L'intérêt de cette doctrine ne résidait pas dans la création de mesures de sûreté mais dans leur substitution aux peines. Après avoir nié l'existence d'un libre arbitre, la doctrine positiviste considérait que la peine ne saurait espérer l'amendement du condamné qui n'avait pu agir librement. Comment aurait-il pu rectifier un comportement qu'aucun individu n'aurait consciemment choisi ? En niant l'existence d'un libre arbitre, « certes il n'y a plus le droit de châtier et de punir dans le sens mystique du mot ; mais il y a toujours le droit de l'État à se défendre »<sup>1737</sup>. L'objectif rétributif devait laisser place à la défense de la société.

---

<sup>1734</sup> J.-F. DREUILLE, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », in *Jurisprudence - Revue critique*, Université de Savoie, 2012, p. 149 s. ; G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7 s. ; CH. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649 s.

<sup>1735</sup> Tel était le cas de l'interdiction de porter une arme ou du renvoi sous surveillance de la plus haute police de séjour. P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1975, n° 365 : « Notre législation, sous la pression des nécessités, a dû admettre depuis longtemps déjà, au moins de façon partielle, des mesures qui sont, par leurs caractères et leurs fonctions, de véritables mesures de sûreté. Seulement, sauf des exceptions récentes, elle ne leur en a point donné le nom ». Voir également Ch. LAZERGES, « Introduction » in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 17 s., spéc. p. 19.

<sup>1736</sup> E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 5<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 1031. Selon un auteur, cette formule était déjà évoquée par les juges et criminalistes du début du XIX<sup>ème</sup> siècle qui l'avaient recueillie dans l'Ancien droit. J.-H. ROBERT, « L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », in *Mélanges Larguier*, PUG, 1993, p. 241 s., spéc. p. 243

<sup>1737</sup> E. FERRI, *La Sociologie criminelle*, 3<sup>ème</sup> édition, 1893, Dalloz, 2004, p. 337.

Selon cette doctrine, des distinctions étaient admises entre les différents individus selon leur degré de dangerosité. Les infractions les plus graves devaient conduire à contrôler des individus par des mesures d'éloignement, de neutralisation ou d'isolement<sup>1738</sup>. Pour les infractions les moins graves, les mesures de sûreté devaient se contenter de réparer les conséquences dommageables. Puis, entre ces catégories se trouvait une population intermédiaire qui méritait d'être soignée. Pour cet entre-deux, le caractère afflictif de la peine devait laisser place à une démarche prospective de rééducation des individus en vue de leur réinsertion. Sans doute est-ce dans cette catégorie intermédiaire que se situe l'aspect le plus intéressant des mesures de sûreté.

Ces mesures suscitent deux réactions. La première est animée par l'inquiétude. Cette vision correctrice des individus comporte des risques intrinsèques puisqu'elle conduit à déposséder l'individu de lui-même. Selon cette conception, le sujet s'efface puisque le délinquant ne serait qu'un amas d'influences et ne saurait agir par lui-même, en conscience<sup>1739</sup>. Il apparaît d'ailleurs que c'est le chemin emprunté par le législateur en matière sexuelle puisqu'il n'hésite pas à refuser le consentement des protagonistes, prétendant savoir mieux qu'eux ce qui leur convient<sup>1740</sup>. Pourtant, cet élan vers l'avenir<sup>1741</sup> contenu dans les mesures de sûreté propres à la catégorie intermédiaire, demeure intéressant.

La seconde réaction manifeste un certain intérêt pour la notion de mesure de sûreté qui a permis de faire émerger la possibilité de dépasser la conception traditionnelle des peines et leur conception purement afflictive, pour les tirer vers d'autres horizons. Cette nouvelle conception a, dans une certaine mesure, inspiré M. ANCEL.

Pour la Défense sociale nouvelle, présentée comme une « doctrine de compromis dont la clef de voûte est la compréhension de la personne »<sup>1742</sup>, la peine ne devait plus se limiter à son aspect rétributif. Contrairement à la doctrine radicale positiviste qui tend à supprimer l'idée de peine et de délinquant, la Défense sociale nouvelle maintient les finalités de la peine classique, tout en soutenant l'idée que la peine ne doit plus être une fin en soi. En effet, cette doctrine affirme

---

<sup>1738</sup> E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1032.

<sup>1739</sup> A. GARAPON, *Bien juger, essai sur le rituel judiciaire*, O. Jacob, 2005, p. 263 : « n'est-ce pas faire violence à quelqu'un que de prétendre le comprendre malgré lui ? ».

<sup>1740</sup> Tel est le cas concernant la pénalisation de certaines infractions consenties, voir *supra* n° 177.

<sup>1741</sup> « Elle est orientée vers l'avenir, alors que la peine est plutôt tournée vers le passé » (Y. MAYAUD, « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008, p. 1359 s., spéc. p. 1360).

<sup>1742</sup> B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'Harmattan, 2010, p. 70.

que la peine doit avoir pour objet essentiel « la réinsertion sociale du délinquant »<sup>1743</sup>. À ce titre, M. ANCEL propose d'allier les peines aux mesures de sûreté par une utilisation de la sanction rétributive et de procédés non punitifs ayant une finalité préventive. Cela suppose une « intégration de la peine et de la mesure de sûreté dans un régime unitaire de sanction pénale »<sup>1744</sup>. La doctrine de la Défense sociale nouvelle a ainsi inspiré la législation pénale de l'après-guerre en orientant la notion de dangerosité vers une faille individuelle à prendre en compte en vue de réinsérer et resocialiser le délinquant<sup>1745</sup>.

Toutefois, cette idée a rencontré certaines réticences. Les liens tangibles de la Défense sociale nouvelle avec la Défense sociale furent soulignés. Cette nouvelle doctrine oscillait entre l'envie de s'éloigner de ce qui renvoyait aux expériences totalitaires et le souhait d'une sanction qui permette de redresser l'individu, pour, potentiellement, le réhabiliter<sup>1746</sup>. Par ailleurs, il fut reproché à la Défense sociale nouvelle de nier les différences fondamentales qui opposent les peines aux mesures de sûreté. En effet, la logique de rétribution, d'expiation et de vengeance de la peine s'oppose *a priori* à la mesure de sûreté, d'autant plus que la peine se fonde sur un acte répréhensible alors que la mesure de sûreté se satisfait d'un état dangereux. Enfin, cette conception de la sanction a pu faire trembler par la crainte de l'immixtion d'un système à « double-voie » dans une volonté sécuritaire, quand bien même le système proposé par M. ANCEL avait pour objet de jumeler ces divers objectifs en un seul régime afin, justement, d'éviter les « errements de la double-voie »<sup>1747</sup>. Il n'en demeure pas moins que le concept de dangerosité est à double tranchant. Il peut tendre à la réinsertion comme il peut justifier un recul de l'humanisme au profit de préoccupations sécuritaires et notamment de la neutralisation du délinquant. Pourtant, M. ANCEL paraît s'être toujours opposé à un usage cumulatif de ces deux

---

<sup>1743</sup> M. ANCEL, « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de la Défense sociale », *RSC* 1952, p. 193 s.

<sup>1744</sup> M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3<sup>ème</sup> édition, p. 232.

<sup>1745</sup> Ordonnance n° 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JO* du 4 février 1945 modifiée par l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019, préc. cit. ; Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 créant le juge de l'application des peines et le sursis avec mise à l'épreuve, *JO* du 24 décembre 1958 ; loi n° 75-624 du 11 juillet 1975 introduisant des « substituts aux courtes peines d'emprisonnement », *JO* du 13 juillet 1975 ; loi n° 83-466 du 10 juin 1983 portant abrogation ou révision de certaines dispositions de la loi n° 81-82 du 2 février 1981 et complétant certaines dispositions du Code pénal et du code de procédure pénale *JO* du 11 juin 1983 (loi créant le travail d'intérêt général).

<sup>1746</sup> J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », art. préc.

<sup>1747</sup> M. ANCEL, « Défendre la Défense sociale ? », *RSC*, 1964, p. 195 s.

possibilités. Certains estiment qu'attribuer à la Défense sociale nouvelle l'origine de la rétention de sûreté<sup>1748</sup> témoigne d'un « héritage trahi »<sup>1749</sup>.

**480. À l'origine de la mesure de sûreté, l'avenir de la peine.** Quoi qu'il en soit, l'émergence des mesures de sûreté manifeste l'émergence de nouvelles préoccupations. L'idée de ces mesures a permis de dévoiler une autre forme de prise en charge des délinquants. En cela, il semble délicat de les rejeter de façon absolue. Les aspects afflictifs et rétributifs ne sauraient être suffisants. La peine, dans sa conception originelle, ne permet pas de protéger la société car, enracinée dans l'acte répréhensible, elle ne se tourne pas suffisamment vers l'avenir. La prévention individuelle dépend en quelque sorte du hasard et de la perception qu'un individu aura de sa propre peine. Or, il ne suffit pas de punir pour prévenir. Ainsi, la mesure de sûreté a permis de dévoiler de nouvelles possibilités. L'idée est louable, bien que sa réalisation soit néfaste. Il ne s'agit pas de tout rejeter et proposer la suppression *stricto sensu* des mesures de sûreté, mais plutôt de s'en inspirer pour enrichir la conception des peines et affirmer un mouvement déjà amorcé vers une réflexion relative au sens de la sanction pénale.

En rejetant de façon catégorique la matérialisation des mesures de sûreté dans notre système actuel, l'intérêt d'une conception prospective n'est pas rejeté. À l'origine, les mesures de sûreté ont eu pour particularité de s'intéresser à l'avenir. Aussi, il est permis de s'en inspirer à condition que la prévention ne soit pas celle de l'éloignement, mais au contraire, de la réinsertion. Par ailleurs, la proximité évidente entre les peines et les mesures de sûreté permet d'affirmer qu'une conception unitaire est envisageable.

## *2. Une proximité exploitable*

**481. Une discordance initiale.** À l'origine, l'idée des mesures de sûreté se distinguait drastiquement des peines. Elles ne s'élevaient pas sur l'existence et la constatation d'une faute, mais sur celle d'une dangerosité. Les mesures de sûreté délaissaient l'idée de rétribution pour rejoindre celle de la neutralisation. Il ne s'agissait plus de punir les individus pour une infraction commise, mais de neutraliser ou de resocialiser ceux que l'on pouvait considérer dangereux

---

<sup>1748</sup> Voir PH. BONFILS, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, 2, p. 370 s. ; J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », , art. préc.

<sup>1749</sup> B. DREYFUS, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, *op. cit.*, p. 182.

pour la société. Les mesures de sûreté avaient initialement pour objet de garantir l'effectivité d'une certaine prévention, contrairement aux peines qui s'attachaient et s'attardaient sur le passé en condamnant la réalisation d'une infraction. *A priori*, l'état dangereux, aux confins des mesures de sûreté, devait être apprécié distinctement de l'infraction commise et sans égard à la culpabilité du délinquant. Pourtant, si leur fondement les éloigne, leur finalité tend à les rapprocher.

**482. Un fondement commun.** Bien que cette distinction entre les peines et les mesures de sûreté soit commode, elle demeure inexacte. « C'est que, en effet, il est de la resocialisation dans certaines peines et de la réprobation dans certaines mesures de sûreté »<sup>1750</sup>. Sous l'effet déformant de la réalité, les mesures de sûreté se sont rapprochées inévitablement des peines. Leur qualification s'avère désormais poreuse. L'adoption concrète des mesures de sûreté et l'évolution des peines et de leurs finalités légalisées à l'article 130-1 du Code pénal, permet de dissiper cette opposition. Cette proximité a conduit le législateur à renoncer un temps à cette distinction, en énonçant dans l'exposé des motifs du Nouveau Code pénal : « Désormais, toutes les sanctions pénales seront sans distinction des peines, elles sont d'ailleurs ressenties comme telles par le condamné »<sup>1751</sup>. Il ne s'agissait donc pas d'une disparition *de facto*, mais d'une fusion entre les peines et les mesures de sûreté, oscillant entre resocialisation et élimination de l'individu dangereux. « Cette absorption a été rendue possible par la multiplication des peines (privatives ou restrictives de libertés ou de droit, pécuniaires) et par la diversité des fonctions qui leur étaient assignées (rétribution, prévention générale et spéciale, réinsertion/rééducation) »<sup>1752</sup>. Pourtant, l'abandon *de jure* de ces mesures ne fut que temporaire et très rapidement, la dangerosité est revenue s'immiscer dans le droit pénal, inspirant l'émergence d'une peine d'un autre genre<sup>1753</sup>, initialement conditionnée à la délinquance sexuelle, le suivi socio-judiciaire<sup>1754</sup>, suivi de près par le retour des mesures de sûreté reconnues en tant que telles. Cependant, cette fusion temporaire révèle parfaitement la proximité entre les peines et les mesures de sûreté. En effet, comment déterminer la dangerosité d'une personne sans s'aider des faits répréhensibles qu'elle aurait commis ? Comment découvrir la dangerosité

---

<sup>1750</sup> P.-J. DELAGE, « Prolégomènes. Fragments archéologiques de la défense sociale », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 23 s. spéc. p. 31.

<sup>1751</sup> V. GAUTRON, « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés », *Criminocorpus*, 10 mars 2016, disponible sur : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/3195> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1752</sup> J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », art. préc., spéc. p. 53.

<sup>1753</sup> P. COUVRAT, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 1999, p. 376 s.

<sup>1754</sup> Article 131-36-1 du Code pénal. 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, *JO* du 18 juin 1998.

d'un individu sans que cette dernière le mène devant une juridiction ? Impossible de raisonnablement soutenir l'existence d'une déconnexion entre la mesure de sûreté et l'acte répréhensible, quand bien même celle-ci serait prononcée au même moment que la condamnation, par les mêmes juges<sup>1755</sup> ou au terme d'un enfermement pour la commission d'un acte répréhensible<sup>1756</sup> ou d'une autre mesure de sûreté<sup>1757</sup>.

Le prononcé d'une mesure de sûreté est nécessairement lié à une procédure pénale, peu importe son stade d'avancée. La prétendue dangerosité, source de la mesure de sûreté, n'a pas d'existence autonome. Elle se fonde sur un acte pénalement répréhensible dont la gravité laisse supposer une dangerosité. En effet, si l'expertise médicale qui conditionne le prononcé d'une mesure de sûreté n'intervient qu'à la fin de la peine afin d'évaluer la dangerosité du délinquant, celle-ci dépend inévitablement d'un enfermement pour la commission d'une infraction. De même, concernant la surveillance judiciaire cette nouvelle appréciation de la dangerosité devient facultative si une précédente expertise datant de moins de deux ans figure dans le dossier individuel du condamné<sup>1758</sup>. Cette précision rapproche nécessairement la mesure de sûreté du prononcé de la peine<sup>1759</sup>. Par ailleurs, si le prononcé de la rétention de sûreté est soumis aux juridictions de rétention de sûreté, c'est la Cour d'assises qui prévoit le recours à la rétention de sûreté et les juridictions régionales de la rétention de sûreté ne sont que des émanations de juridictions existantes. Le lien avec l'infraction d'origine ne fait aucun doute bien que la temporalité soit distendue.

À cet égard, il n'est pas étonnant de constater la déclaration de non-rétroactivité décidée par le Conseil constitutionnel concernant la rétention de sûreté<sup>1760</sup>. Au-delà de la privation de liberté qu'elle engendre, cette mesure *après* la condamnation forme un tout et il n'est pas permis d'envisager la mesure de sûreté amputée du prononcé d'une peine. Par ailleurs, ces multiples

---

<sup>1755</sup> Tel est le cas de la rétention de sûreté ou du FIJAIS.

<sup>1756</sup> Tel est le cas concernant la surveillance judiciaire ou du placement sous surveillance électronique mobile.

<sup>1757</sup> Tel est le cas de la surveillance de sûreté.

<sup>1758</sup> Article D. 147-36 du Code de procédure pénale.

<sup>1759</sup> La surveillance judiciaire peut être prononcée si l'individu a été condamné à une peine privative de liberté supérieure ou égale à sept ans d'emprisonnement, ou cinq ans si l'infraction est commise une nouvelle fois en état de récidive légale. De fait, si l'individu est condamné à sept ans d'emprisonnement et que l'on retire les crédits de réduction de peine et les réductions de peine supplémentaire, la peine effective sera de quatre ans. Si une expertise est ordonnée en vue d'une libération conditionnelle celle-ci pourra être reprise. En l'espèce, l'expertise sera ordonnée au milieu de la peine à subir, soit la moitié de la peine amputée des crédits de réduction de peine, c'est-à-dire trente-quatre mois et demi. Aussi, en raison de la proximité entre la peine et l'expertise, peut-on raisonnablement espérer une évaluation de la dangerosité déconnectée de l'infraction initiale ?

<sup>1760</sup> Cons. const. 6 février 2015, DC QPC n° 2014-448, *JO* du 8 février 2015.

mesures tendent à éviter toute récidive<sup>1761</sup>. L'article 705-53-13 du Code de procédure pénale prévoit que la dangerosité est caractérisée par une « probabilité très élevée de récidive ». Une fois encore, le lien avec la peine apparaît évident. Pour que récidive il y ait, encore faut-il qu'une peine ait été prononcée, qu'une première infraction ait été commise. Ainsi, il n'est pas permis de distinguer tout à fait le fondement de la mesure de sûreté avec celui de la peine.

**483. Un ressenti équivalent.** Outre cette indéniable proximité liée à l'origine infractionnelle de la mesure de sûreté, le ressenti des individus rapproche également ces deux pratiques. Il apparaîtrait maladroit de s'intéresser aux mesures de sûreté sans questionner ceux qu'elles concernent. Ici, nul besoin d'expliquer longuement pour convaincre de la difficulté pour une personne condamnée à saisir la distinction entre les mesures de sûreté et les peines. Comment faire admettre que cette mesure ne tend pas à réprimer une nouvelle fois ou étirer la sanction mais seulement à éviter qu'une nouvelle infraction intervienne ? Le ressenti des délinquants ne saurait être ignoré car pour ces derniers, la mesure de sûreté a le goût et l'odeur d'une peine. Bien qu'initialement ces mesures devaient s'émanciper du caractère afflictif des peines, leur matérialisation contrainte leur permet de renouer avec cette réalité. L'individu soumis à une mesure de sûreté éprouvera sans doute des difficultés à les distinguer des peines.

**484. Des principes partagés.** Par ailleurs, d'autres éléments tangibles permettent d'assimiler les mesures de sûreté aux peines. Les principes de légalité *stricto sensu* et de personnalité participent à ce rapprochement. Le juge ne saurait inventer des mesures de sûreté et doit nécessairement se référer à une disposition légale en vigueur<sup>1762</sup>. De plus, le principe de personnalité permet de préserver les tiers, à l'instar du principe applicable aux peines. Par ailleurs, le respect de l'intégrité physique vient fédérer les mesures de sûreté et les peines, si bien que certains procédés tels que la castration biologique ou la lobotomie ne sont pas autorisés au titre des mesures de sûreté. Peu importe la nature de la mesure, cette dernière doit respecter la nature humaine.

---

<sup>1761</sup> Elles sont présentées dans une plaquette faite par le gouvernement : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/13.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/13.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1762</sup> Cass. crim. 6 décembre 1961 ; D. 1962, 83, note J.-M. R. ; Cass. crim. 2 avril et 14 mars 1963, D. 1963, 506, note J. SCHEWIN.



Comme le souligne très justement J.-P. CERE ET L. GREGOIRE, le caractère malléable et révisable des mesures de sûreté qui permettait de les dissocier des peines semble se fissurer<sup>1763</sup>. Nombreux sont les liens qui les unissent aux sanctions pénales. Le Conseil d'État estime ainsi que « si la distinction entre peine et sûreté est claire en principe, elle l'est moins dans le Code pénal et le Code de procédure pénale »<sup>1764</sup>. En effet, si la distinction entre les peines et les mesures de sûreté est imposée de façon péremptoire, la jurisprudence n'hésite pas, dans certains cas, à jongler d'une qualification à l'autre<sup>1765</sup>. Cette indéniable proximité ne peut que laisser perplexe face aux différences qui subsistent. La reconnaissance juridique d'une césure entre les mesures de sûreté et les peines permet de justifier certaines disparités dangereuses qui nécessitent d'être gommées en vue d'une rationalisation de leur régime. Ainsi, il ne s'agit pas de plaider en faveur d'une suppression des mesures de sûreté, dont l'idée d'origine fait preuve d'une certaine perspicacité. Au contraire, il conviendrait de tendre à une fusion des peines et des mesures de sûreté, dont l'enrichissement réciproque ne pourrait être que bénéfique.

## **B. La volonté de fusion**

**485. L'exploitation d'une proximité.** Si les peines et les mesures de sûreté ne sont pas si éloignées l'une de l'autre, certaines disparités permettent néanmoins de les distinguer. L'émergence de ces mesures a permis au législateur d'évincer un certain nombre de principes protecteurs ce qui justifie en partie leur exploitation. Désormais, les mesures de sûreté ne répondent plus aux exigences relatives à la protection des libertés individuelles si bien qu'il apparaît nécessaire de réduire ces disparités persistantes (1) avant de repenser cette fusion (2).

---

<sup>1763</sup> J.-P. CERE et L. GREGOIRE, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Peine : nature et prononcé, octobre 2020, § 53.

<sup>1764</sup> CE, avis, 11 juin 2020, n° 399857, §7.

<sup>1765</sup> À titre d'exemple, la Cour de cassation a refusé d'appliquer la qualification de mesure de sûreté aux mesures que pouvait imposer la chambre de l'instruction à une personne déclarée irresponsable (Cass. crim. 21 janvier 2009 ; *JCP* 2009. II. 10043 note S. DETRAZ ; *RPDP* 2009, 139 obs. J.-Y. CHEVALLIER ; p. 147 obs. X. PIN ; voir également F. ROUSSEAU, « L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Droit pénal* 2009, chron. 9.). Quelques mois plus tard, la Cour de cassation se ravise (Cass. crim. 16 décembre 2009 ; *RPDP* 2010. 122, obs. J.-Y. CHEVALLIER ; *JCP* 2010, n° 1-2, obs. S. DETRAZ ; *JCP* 2010, n° 5, note P. MISTRETTA ; *D.* 2010. 471, note J. PRADEL ; *Droit pénal* 2010, étude 4, H. MATSOPOULOU). Enfin, la Cour européenne valide cette analyse. La déclaration d'irresponsabilité pénale et les mesures contraignantes qui peuvent être prononcées ne constituent pas une « peine » au sens de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Sur d'autres exemples voir X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 2020, 11<sup>ème</sup> édition, p. 364 s.

1. Réduire les disparités

**486. Une étrange distinction.** Loin de faire valoir la disparition des mesures de sûreté, il convient, au contraire, proposer leur absorption par les peines. L'objectif serait de fusionner ces deux mécanismes afin d'en extraire le meilleur. Les mesures de sûreté deviendraient des peines, répondant aux mêmes obligations, aux mêmes principes fondamentaux. La peine aurait alors un double visage, répressif et préventif, aux paradigmes repensés. Pour ce faire, il convient tout d'abord de gommer les disparités qui existent entre les mesures de sûreté et les peines.

Initialement pensées comme des alternatives aux peines, les mesures de sûreté sont progressivement devenues des mesures cumulatives. La peine et la mesure de sûreté, ne s'excluent pas l'une et l'autre, mais au contraire, se complètent afin d'assurer le parfait contrôle des corps et des consciences. Pourtant, au-delà de l'union qui se profile, certaines précieuses disparités demeurent. Difficile de comprendre ces différences après avoir constaté leur indéniable proximité. « La vocation de "sûreté" assignée aux mesures de sûreté – exclusive de tout jugement moral – justifierait en effet qu'elles soient soustraites au régime des peines parce qu'elles ont pour seul but de protéger la société »<sup>1766</sup>. Le Conseil constitutionnel lui-même semble reconnaître l'existence de ces mesures dont les caractéristiques distinctes des peines permettent de les soumettre à un régime différent<sup>1767</sup>.

**487. La CEDH et la peine.** La Cour estime que « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une "infraction". D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard : la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution ainsi que sa gravité »<sup>1768</sup>. Pourtant, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté, la rétention de sûreté<sup>1769</sup>, le placement sous

---

<sup>1766</sup> J. ALIX, « Une liaison dangereuse. Dangerosité et droit pénal en France », , art. préc., spéc. p. 52.

<sup>1767</sup> Cons. const. 2 mars 2004, DC n° 2004-492, *JO* du 10 mars 2004 ; Cons. const. 8 décembre 2005, DC n° 2005-527, *JO* du 13 décembre 2005 ; Cons. const. 21 février 2008, DC n° 2008-562, *JO* du 26 février 2008. Voir également CH. LAZERGES, « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 79 s.

<sup>1768</sup> CEDH 9 juin 1995, n°43977/13, *Welch c. Royaume-Uni*, § 28.

<sup>1769</sup> La Cour européenne des droits de l'homme s'est d'ailleurs prononcée sur la régularité de la détention de sûreté prévue par le droit allemand (mesure équivalente à la rétention de sûreté), en estimant qu'il s'agissait d'une « peine » au sens de l'article 7, § 1 de la Convention EDH relatif au principe de non-rétroactivité de la loi pénale (CEDH 17 décembre 2009, n° 19359/04, *M. c/Allemagne* ; D. 2010, 737, note PRADEL ; *AJ pénal* 2010, 129, étude LEBLOIS-HAPPE ; RSC 2010, 228, obs. ROETS). Si cette position a été confirmée par la suite (CEDH 13 janvier 2011, n° 17792/07, *Kallweit c/ Allemagne* ; CEDH, 13 janvier 2011, n° 27360/04 et 42225/07, *Schummer c/ Allemagne* ; CEDH 14 avril 2011, n° 30060/04, *Jendrowiak c/ Allemagne* ; CEDH 24 novembre 2011, n° 4646/08,

surveillance électronique mobile, présentent toutes les caractéristiques des peines. Prononcées par des juges dans le cadre d'une procédure pénale, ces mesures figurent dans le Code pénal ou le Code de procédure pénale. Leur prononcé se fonde nécessairement sur l'existence d'une infraction qui permettrait de révéler la dangerosité de l'individu. Celles-ci sont par ailleurs ressenties comme éminemment répressives par ceux qui les subissent puisqu'elles sont restrictives voire privatives de liberté. Pourtant, s'il n'était pas acquis que la Cour européenne des droits de l'homme refuse de voir les traits d'une peine sous ces mesures de sûreté, la réalité semble tout autre. En effet, dans un récent arrêt en date du 19 janvier 2021, les juges de Strasbourg ont été amenés à statuer sur un placement sous surveillance administrative lequel été mis automatiquement en place à l'issue de l'exécution d'une peine privative de liberté prononcée pour une infraction particulièrement dangereuse ou commise en récidive<sup>1770</sup>. Considéré par les juridictions russes comme une mesure de sûreté, ce procédé est appliqué rétroactivement. Loin de s'en offusquer, la CEDH estime que lesdites mesures ont « un but préventif et ne peuvent être regardées comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction »<sup>1771</sup>, « la mise en place de la surveillance administrative ne dépend pas du degré de culpabilité de la personne concernée et se fonde sur la “dangerosité” de la personne condamnée en état de récidive »<sup>1772</sup>. Tout porte à croire que le salut ne viendra pas de Strasbourg. « En confirmant le principe de mesures de sûreté qui peuvent s'ajouter comme une conséquence obligatoire des peines mais ne sont pas soumises au même régime que celles-ci, la Cour prend le risque d'une dérive consistant à neutraliser plutôt qu'à punir dans une logique contestable d'efficacité »<sup>1773</sup>. Malheureusement, l'espoir d'une régulation européenne disparaît. Les maigres différences entre les peines et les mesures de sûreté sont exploitées et ce procédé trouve désormais une justification solide.

**488. La rétroactivité pour différence.** Contrairement aux peines, les mesures de sûreté s'appliquent de façon rétroactive, à l'exception de la rétention de sûreté qui, du fait de son

---

*O.H. c/ Allemagne*), la Cour a finalement refusé de reconnaître la qualité de « peine » à la détention de sûreté allemande qui a été prolongée en raison de la nécessité de traiter des troubles mentaux (CEDH 7 janvier 2016, n° 23279/14, *Bergmann c/ Allemagne* ; *Droit pénal* 2016, comm. 70, note V. PELTIER). En effet, les juges européens ont estimé que, contrairement à la détention de sûreté ordinaire, cette mesure s'exécute dans des centres spécialisés destinés à soigner les personnes atteintes de troubles mentaux. L'objectif préventif fondé sur l'état dangereux ferait disparaître le caractère punitif de la mesure.

<sup>1770</sup> CEDH 19 janvier 2021, n° 45431/14 et 22769/15, *Timofeyev et Postupkin c/ Russie*.

<sup>1771</sup> *Ibid.*, § 76.

<sup>1772</sup> *Ibid.*, § 77.

<sup>1773</sup> E. DREYER, « Suivi postpénal : l'autre monde sans fin », *Gaz. Pal.* 2021, n° 42113.

caractère privatif de liberté, y échappe<sup>1774</sup>. Peu importe qu'il s'agisse de lois pénales de fond plus sévères puisqu'elles ajoutent des obligations impératives aux individus, le droit pénal ignore l'évidence. Le caractère préventif de ces mesures suffit à justifier cette dérogation. Ainsi, l'application dérogatoire des mesures de sûreté dans le temps s'avère propice à leur extension car, du fait de leur terminologie, ces mesures échappent aux contraintes du principe de légalité<sup>1775</sup>. Il fut avancé que ce qualificatif n'avait d'autre objectif que de permettre une application rétroactive du placement sous surveillance électronique mobile, notamment lorsqu'il est rattaché à un suivi socio-judiciaire<sup>1776</sup>. En effet, prononcé dans le cadre d'une mesure de sûreté, le placement sous surveillance électronique mobile a vocation à s'appliquer à des personnes condamnées pour des faits antérieurs à son entrée en vigueur<sup>1777</sup>. Aussi, la surveillance judiciaire se calque sur le suivi socio-judiciaire, dont elle constitue l'ersatz<sup>1778</sup>, tout en échappant à son application dans le temps. Il ne fait aucun doute que l'opportunité politique de cette dérogation malmène les principaux intéressés. En effet, il est étonnant qu'un simple qualificatif perturbe à ce point une règle d'origine constitutionnelle.

La volonté de fusionner les peines et les mesures afin d'en extraire le meilleur, conduit inévitablement à supprimer cette différence. Les mesures de sûreté, à l'instar des peines, doivent respecter les principes constitutionnels aussi importants que le principe de légalité et ses corollaires. Cette distinction ne saurait perdurer plus longtemps car elle se fonde sur une différence davantage politique que juridique. Afin de légitimer ce choix en faveur du régime applicable aux peines, l'origine de cette non-rétroactivité de la loi pénale est intéressante. Pourquoi, comme l'indiquait PORTALIS, « la loi qui sert de titre à l'accusation doit être antérieure à l'action pour laquelle on accuse » ? Sans doute cela s'explique-t-il par la sécurité juridique

---

<sup>1774</sup> Cons. const. 21 février 2008, DC n° 2008-562, *JO* du 26 février 2008. Néanmoins, la rétention de sûreté peut indirectement faire l'objet d'une application rétroactive puisqu'elle peut faire suite à une surveillance de sûreté qui, elle, est d'application immédiate.

<sup>1775</sup> Plus encore, le Conseil constitutionnel a considéré que ces mesures échappaient au principe de nécessité des peines (Cons. const. 2 mars 2004, DC n° 2004-492, considérant n° 74, *RSC* 2004, 725, obs. CH. LAZERGES). Les Sages ajoutent que le caractère proportionnel n'est pas à rechercher par rapport à la gravité de la faute mais dans « la prévention des atteintes à l'ordre public nécessaires à la sauvegarde des droits et principes de valeur constitutionnel » (Cons. const. 21 février 2008, DC n° 2008-562, *JO* du 26 février 2008, considérant n° 13). Le Conseil constitutionnel a également considéré que le principe d'individualisation des peines ne s'appliquait pas au placement sous surveillance électronique mobile n'ayant pas le caractère d'une punition (Cons. const. 27 janvier 2012, DC QPC n° 2011-211, *JO* du 28 janvier 2012 ; *Droit pénal* 2012. 36, obs. J.-H. ROBERT).

<sup>1776</sup> M. HERZOG-EVANS, « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.* 2006, p. 182 ; J.-H. ROBERT, « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *Droit pénal*, février 2006, étude n° 2.

<sup>1777</sup> À ce titre, l'Observatoire international des prisons en demandait l'annulation, mais cette requête fut rejetée par le Conseil d'État (CE 12 décembre 2007, n° 293993, Section française de l'Observatoire international des prisons).

<sup>1778</sup> J.-H. ROBERT, « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », art. préc.

qui ne saurait accepter que la loi frappe sans prévenir. Le principe de non-rétroactivité s'explique par la protection des libertés individuelles qui incite l'individu à connaître ce qu'il encourt lorsqu'il commet une infraction. Protecteur des individus, il apparaît difficile d'admettre que ce corollaire du principe de légalité se limite aux peines en ignorant les mesures de sûreté tant il est certain que les libertés individuelles concernées sont offensées, dans un cas comme dans l'autre. Affirmer que ces mesures sont faites dans l'intérêt des individus et que c'est au nom de cela que le principe de rétroactivité est écarté ne saurait convaincre. En effet, ces mesures sont avant tout destinées à protéger la société. Leur fondement originel de rééducation, celui qui transparait encore concernant les mineurs, a déserté les mesures propres aux délinquants majeurs. Aujourd'hui, les mesures de sûreté se rapprochent tant et si bien des peines qu'il apparaît impensable de ne pas leur attribuer les mêmes protections.

**489. Le procès équitable sacrifié.** L'importance de l'expertise dans l'évaluation des mesures de sûreté a conduit à remettre en cause l'indépendance du tribunal qui, bien que n'étant pas juridiquement soumis aux paroles prophétiques de l'expert, n'en demeure pas moins largement lié<sup>1779</sup>. Ainsi, le juge s'avère dépossédé de son pouvoir d'appréciation notamment concernant l'évaluation de la proportionnalité de la mesure<sup>1780</sup>. Les délinquants, en particulier les délinquants sexuels, intéresseraient moins le droit que le domaine médical. Par ailleurs, comment prouver l'absence de dangerosité pourtant prédit par l'expert ? La notion ne permet aucune preuve contraire et rien ne permet, *a posteriori*, de souligner une erreur d'expertise. La présomption d'innocence ne résiste pas au droit pénal de la dangerosité<sup>1781</sup>. Aussi, comme proposer plus avant, ces expertises doivent être supprimées<sup>1782</sup>.

**490. L'interminable contrôle.** Par ailleurs, certaines mesures de sûreté se distinguent des peines par leur durée potentiellement illimitée comme tel est le cas de la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté. En effet, la décision de rétention est soumise à renouvellement chaque année selon les mêmes conditions de fond et de procédure que le placement en rétention<sup>1783</sup>. De même, le renouvellement de la surveillance de sûreté se fait, sans limitation,

---

<sup>1779</sup> Voir *supra* n° 462 s.

<sup>1780</sup> T.W. LEVI-FAICT et P. MISTRETTA, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », *Gaz. Pal.* 2019, n° 05, p. 84 s.

<sup>1781</sup> M. DELMAS-MARTY, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010, spéc. p. 25 et 31.

<sup>1782</sup> Voir *supra* n° 473 s.

<sup>1783</sup> L'article 706-53-16 du Code de procédure pénale dispose que « La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an. La rétention de sûreté peut être renouvelée, après avis favorable de la commission

dans les mêmes conditions que la décision de placement initial. Alors que la perpétuité demeure proscrite, ces mesures se satisfont de la possibilité d'un non-renouvellement pour s'assurer le respect de cet impératif<sup>1784</sup>.

Cependant, dans une volonté de fusion entre les peines et les mesures de sûreté, il n'est pas envisageable de conserver cette potentielle perpétuité. Nombreuses sont les raisons à cette volonté de mettre un terme au prolongement infini de ces mesures. Tout d'abord, il s'agit là d'un échec évident. Si la sanction a besoin de se poursuivre par une mesure de sûreté, n'est-ce pas que la peine ne fonctionne pas ? Si la peine avait été efficace, elle ne nécessiterait pas d'être répétée, encore et encore. Ce besoin de prolonger indéfiniment la durée des mesures de sûreté témoigne aisément du fait que celles-ci ne fonctionnent pas. La réponse à cette inefficacité palpable est donc biaisée. Au lieu d'améliorer le fonctionnement de ces mesures, elles sont étendues. Le temps est-il le garant de la réussite<sup>1785</sup> ? Il est certain qu'enfermer un individu *ad vitam eternam* peut s'avérer efficace dans la lutte contre la récidive ; de même que la condamnation à mort. Néanmoins, la perpétuité réelle étant proscrite, la peine s'est dotée de nouvelles fonctions, notamment l'insertion ou la réinsertion de l'individu<sup>1786</sup>. La mesure de sûreté doit protéger la société ; dès lors, peut-elle concilier cet objectif avec le retour du délinquant à la société ? À ce titre, le temps n'est d'aucun effet et il semble essentiel de revenir à la source du problème afin d'améliorer les solutions plutôt que d'étendre des solutions inefficaces. « La peine privative de liberté, quelle qu'en soit la durée, n'est certes pas, spécialement en l'état, une thérapie dont la durée, comme on le croit trop souvent - agirait comme un antibiotique - dont la prise au jour près est la seule garantie d'un résultat curatif »<sup>1787</sup>.

**491. L'extinction inexploitable.** Par ailleurs, une ultime distinction mérite d'être mise en exergue. Contrairement aux peines, l'extinction des mesures de sûreté diffère. En effet, l'effacement d'une infraction par une loi d'amnistie n'est d'aucun effet sur la mesure de sûreté qui en découle. Le cheminement est tout à fait renversé puisque les mesures de sûreté

---

pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15 et pour la même durée, dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 sont toujours remplies ».

<sup>1784</sup> Ce raisonnement a d'ailleurs été validé par la CEDH qui a estimé que « cette possibilité de réexamen de la réclusion à perpétuité est suffisante pour considérer que la peine prononcée contre le requérant est compressible aux fins de l'article 3 de la Convention », (CEDH 13 novembre 2014, n° 40014/10, *Bodein c/ France*)

<sup>1785</sup> La notion de réussite est ici entendue dans le sens d'insertion ou de réinsertion.

<sup>1786</sup> Certes, certaines peines ne laissent pas immédiatement transparaître ce regard vers l'avenir, pourtant, il vient un temps où la peine doit nécessairement s'intéresser à la sortie du délinquant.

<sup>1787</sup> M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ Pénal* 2008, p. 161 s., spéc. p. 164.

nécessitent, contrairement aux peines, une mention expresse de la loi d'amnistie permettant d'interrompre l'exécution de la mesure<sup>1788</sup>. De même, les dispenses de peine ne les affectent pas<sup>1789</sup>. Seules les mesures de sûreté expressément visées par la grâce pourront en bénéficier. L'origine de cette discordance est délicate. Aussi, il convient de plaider en faveur de sa disparition. De plus, fixer une durée permettra d'insister sur l'importance d'adopter un comportement pro-actif car l'individu retrouvera nécessairement la liberté une fois ce délai atteint. À cet égard l'article 706-53-16 du Code de procédure pénale, relatif à la rétention de sûreté, doit fixer une durée maximale. Cet article pourrait être ainsi rédigé :

« La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an.

La rétention de sûreté peut être renouvelée **dans la limite de X ans**, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15 et pour la même durée, dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 sont toujours remplies »<sup>1790</sup>.

De même, le second alinéa de l'article 706-53-16 du Code de procédure pénale, propre à la surveillance de sûreté, doit mentionner une limite temporelle :

« A l'issue de ce délai, la surveillance de sûreté peut être renouvelée dans les mêmes conditions et pour la même durée **dans la limite de X ans** ».

Impossible de se contenter d'un terme hypothétique, contrairement à ce qu'affirme la CEDH dans sa décision *Bodein c/ France* relative à la perpétuité réelle. La possibilité de réexamen n'est guère satisfaisante et à ce titre, l'existence d'une période de sûreté incompressible ne saurait perdurer<sup>1791</sup>.

Gommer les disparités entre les peines et les mesures de sûreté s'avère être la première étape en vue d'une fusion entre ces deux sanctions. Cependant, au-delà de ce préambule nécessaire,

---

<sup>1788</sup> Cass. crim. 23 novembre 1982, *Bull. crim.* 1982, n° 265 ; Cass. crim. 21 décembre 1987, *Bull. crim.* 198, n° 473 ; *RSC* 1988, p. 769, obs. A. VITU.

<sup>1789</sup> Cass. crim. 23 mai 1977, *Bull. crim.* n° 183 ; *RSC* 1978. 620, obs. J. LARGUIER.

<sup>1790</sup> La durée précise n'est pas fixée ici car l'objectif ne réside pas dans la durée en elle-même mais dans son existence.

<sup>1791</sup> Voir annexe.

ces nouvelles mesures nécessitent de redéfinir leurs contours afin d'extraire le meilleur de cette éventuelle fusion.

## 2. Améliorer l'éventualité

Actuellement, la peine n'est plus limitée à son objet répressif et comprend d'ores et déjà une réponse préventive comme en témoigne l'article 130-1 du Code pénal. Aussi, l'influence des mesures de sûreté sur les peines devrait tendre à valoriser cet aspect de la peine. C'est au sein de cette projection vers l'avenir que peuvent se loger les mesures de sûreté afin qu'un régime uniforme soit possible. Les peines sont supposées suffire et répondre au souhait à la fois répressif et préventif.

**492. Le rejet de la conception contemporaine de la prévention.** Concernant le contenu des peines aux objectifs protéiformes, il est indispensable de s'inspirer des mesures de sûreté pour affirmer leur tendance prospective. La CEDH estime d'ailleurs qu'elles contiennent un objectif de réinsertion<sup>1792</sup>. Cependant, il existe différentes manières d'appréhender l'avenir. Actuellement, les objectifs sont fixés à court terme. Il s'agit de protéger la société par l'exclusion du délinquant. Cette appréhension de la prévention demeure arbitraire et ignore la présomption d'innocence en ce qu'elle use de la dangerosité comme d'un facteur de risque justifiant l'extension de l'exclusion<sup>1793</sup>. Compromettant nos libertés individuelles, l'usage de cette marginalisation des individus est à exclure. De même, les mesures de sûreté peuvent avoir pour effet de normaliser les individus par un apprentissage rigoureux de la morale collective. Concernant cet aspect normalisateur<sup>1794</sup>, il est à la fois dangereux et inefficace. Dangereux car il prétend définir la normalité, inefficace car rien ne permet de sonder l'esprit des individus au point de connaître avec précision leurs fantasmes pour les reformater. Partant, la resocialisation ne doit pas être confondue avec l'idée d'amélioration. L'objectif n'est évidemment pas celui d'intégrer une volonté de moralisation et de normalisation par le biais des mesures de sûreté car cela conforterait toutes les craintes précédemment exposées<sup>1795</sup> tant il est vrai que le noble

---

<sup>1792</sup> CEDH 4 décembre 2007, n° 44362/04, *Dickson c/ Royaume-Uni*.

<sup>1793</sup> Si ce phénomène de contrôle atteint son paroxysme dans la rétention de sûreté, le port d'un bracelet électronique dans le cadre d'un placement sous surveillance électronique mobile, d'une surveillance judiciaire ou d'une surveillance de sûreté ou encore la potentielle présentation mensuelle au commissariat de police ou de gendarmerie des personnes fichées au FIJAISV corroborent l'idée d'une volonté de contrôle et de surveillance.

<sup>1794</sup> Voir *supra* n° 223 s.

<sup>1795</sup> Voir *supra* n° 281 s.



dessein de guérison glisse aisément vers l'idée d'un débarras où seraient envoyés ceux dont on ne sait que faire.

**493. L'acceptation d'une nouvelle conception de la prévention.** L'aspect préventif développé par les mesures de sûreté et intégré dans le sens de la peine depuis la loi Taubira<sup>1796</sup>, peut être entendu comme la volonté de protéger la société par la réintégration réussie de ses membres. Il s'agirait finalement de retrouver cette volonté propre au Code pénal de 1992 dont les rédacteurs avaient affirmé la possible fusion entre les deux notions<sup>1797</sup> pour davantage de simplicité et de lisibilité<sup>1798</sup>. L'objectif serait d'offrir aux délinquants sexuels essentiellement visés, mais également à tous les autres, des outils et des ressources pour affronter le monde extérieur sans le troubler. La fusion entre les peines et les mesures de sûreté n'aurait pas pour enjeu d'exclure l'individu, mais au contraire, celui de l'inclure dans le monde au sein duquel il se destine à vivre. Actuellement, l'essentiel du suivi proposé par les mesures de sûreté repose sur une volonté de contrôle<sup>1799</sup>. En effet, la privation de liberté et les mesures de sûreté ne répondent pas au souhait de réintégration des délinquants, mais davantage à celui d'éloigner le plus longtemps possible l'individu *dangereux*, afin de protéger la société. Le FIJAIVS ou la surveillance judiciaire permettent d'étendre le contrôle du délinquant, loin d'un objectif resocialisant. Comme le rappelle E. DREYER, « l'inscription au sein du fichier est hautement

---

<sup>1796</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014.

<sup>1797</sup> Voir *supra* n° 279.

<sup>1798</sup> R. BADINTER, *Projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988.

<sup>1799</sup> Concernant la surveillance judiciaire et la surveillance de sûreté, il existe un renvoi aux articles 132-44 et 132-35 du Code pénal qui fixent de nombreuses obligations relevant du contrôle : Répondre aux convocations du juge de l'application des peines ou du travailleur social désigné ; Recevoir les visites du travailleur social et lui communiquer les renseignements ou documents de nature à permettre le contrôle de ses moyens d'existence et de l'exécution de ses obligations ; Prévenir le travailleur social de ses changements d'emploi ; Prévenir le travailleur social de ses changements de résidence ou de tout déplacement dont la durée excéderait quinze jours et rendre compte de son retour ; Obtenir l'autorisation préalable du juge de l'application des peines pour tout changement d'emploi ou de résidence, lorsque ce changement est de nature à mettre obstacle à l'exécution de ses obligations ; Informer préalablement le juge de l'application des peines de tout déplacement à l'étranger ; S'abstenir de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés ; Ne pas se livrer à l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ou ne pas exercer une activité impliquant un contact habituel avec des mineurs ; S'abstenir de paraître en tout lieu, toute catégorie de lieux ou toute zone spécialement désignés ; Ne pas fréquenter les débits de boissons ; Ne pas fréquenter certains condamnés, notamment les auteurs ou complices de l'infraction...

Concernant le FIJAIVS, l'article 706-53-5 du Code de procédure pénale dispose que : « La personne est tenue, soit, si elle réside à l'étranger, auprès du gestionnaire du fichier, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, soit auprès du commissariat de police ou de la gendarmerie de son domicile, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou en se présentant au service :

1° De justifier de son adresse, une première fois après avoir reçu l'information des mesures et des obligations mentionnées au deuxième alinéa de l'article 706-53-6, puis tous les ans ;

2° De déclarer ses changements d'adresse, dans un délai de quinze jours au plus tard après ce changement ».

stigmatisante et peut avoir des conséquences pratiques importantes pour le condamné : il fait figure de suspect chaque fois qu'une nouvelle infraction est commise à proximité des endroits qu'il fréquente »<sup>1800</sup>. Actuellement, les enjeux ne visent qu'à retarder la sortie immédiate. Aussi, « l'arsenal juridique apparaît tendu non plus tant vers l'objectif individuel de prévention de la récidive, et plus globalement de sortie de la délinquance à long terme, mais davantage vers l'objectif collectif de protection de la société, de lutte contre la récidive et *in fine* de gestion du risque de récidive sur le court terme »<sup>1801</sup>. Les auteurs d'infractions sexuelles ne sont plus soumis à la peine dans sa globalité. La réinsertion est oubliée face à la neutralisation offerte par les mesures de sûreté. Il convient donc de dépasser cette vision étriquée pour proposer des solutions plus générales et plus efficaces.

La volonté de favoriser cet aspect resocialisant des mesures de sûreté n'est pas nouvelle en droit pénal. Des mesures de protection, d'éducation et d'assistance ont été intégrées concernant la répression des mineurs<sup>1802</sup>. Cette primauté de l'éducatif a d'ailleurs été reconnue comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République par le Conseil constitutionnel, affirmant que « la nécessité de rechercher le relèvement éducatif et moral des enfants délinquants par des mesures adaptées à leur âge et à leur personnalité, prononcées par une juridiction spécialisée ou selon des procédures appropriées »<sup>1803</sup>. Concernant la délinquance des majeurs, elle subit les soubresauts politiques, entre réinsertion et répression. Il semble que concernant les délinquants sexuels, le législateur ne se risque pas à la réinsertion<sup>1804</sup> et préfère se prémunir de la récidive par l'éloignement<sup>1805</sup>. « Pour l'heure, les mesures de sûreté ont un effet inquiétant sur l'état d'esprit des condamnés incarcérés, qui doutent de pouvoir jamais

---

<sup>1800</sup> E. DREYER, « Inscription au FIJAIS : arrêt bâclé ! », *Gaz. Pal.* 2015, n° 223, p. 22 s.

<sup>1801</sup> É. DUBOURG, « Les instruments d'évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels », préc. cit.

<sup>1802</sup> Ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, *JO* du 4 février 1945 modifiée par l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du code de la justice pénale des mineurs, *JO* 13 septembre 2019 ; sur le sujet voir notamment PH. BONFILS et A. GOUTTENOIRE, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2014, p. 865 s. ; L. GEBLER et Y. GUITZ, *Le traitement judiciaire de la délinquance des mineurs*, ASH, 2004, p. 108 ; PH. BONFILS, « La primauté de l'éducation sur la répression », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 55 s. ; PH. BONFILS, « La nouvelle primauté de l'éducation sur la répression », *Droit pénal*, juillet 2018, étude n° 20.

<sup>1803</sup> Cons. const. 29 août 2002, DC n° 2002-460, *JO* du 30 août 2002, *AJDA* 2002. 1059, note J.-Y. CHEROT et J. TREMEAU ; *D.* 2003. 1125, obs. D. RIBES. Sur le sujet voir également CH. LAZERGES, « Le Conseil constitutionnel, garant de la spécificité de la justice des mineurs », *Les Cahiers de la justice*, mars 2011, n° 3, p. 91 s. ; J. ROUX, « La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs », *Revue de droit public*, 2002, p. 1495 s.

<sup>1804</sup> Concernant la volonté de soigner, celle-ci ne saurait s'apparenter à une volonté de réinsertion, voir *supra* p.

<sup>1805</sup> Pourtant, rappelons que les auteurs d'infractions sexuelles connaissent l'un des taux de récidive le plus bas, voir *supra* n° 243 s.

obtenir un aménagement de peine et, pour certains, de sortir un jour ou de vivre un jour sans contrôle »<sup>1806</sup>.

**494. Une intégration générale.** Concrètement, une fois la prévention envisagée sous un nouveau paradigme, l'objet de cette fusion consiste à supprimer la notion de mesure de sûreté pour faire intégrer les différents dispositifs préexistants au sein des peines<sup>1807</sup>. Ce mécanisme d'intégration nécessitera, dans un premier temps, de renforcer l'aspect préventif des sanctions puisqu'il ne sera plus possible de déléguer à une autre mesure que la peine l'aspect préventif. Les peines s'engageront dès lors dans une vision à long terme. Par ailleurs, il s'agira de lisser les disparités qui existent entre les peines et les mesures de sûreté. Aussi, il conviendra d'imposer une limite temporelle à chacune des mesures à l'image du suivi socio-judiciaire<sup>1808</sup>. De même, l'application dans le temps devra être uniformément appliquée et le principe de non rétroactivité de la loi pénale généralisé. Enfin, les règles relatives au procès équitable seront étendues pour englober l'ensemble des sanctions. Cette réforme ne bouleversera pas l'ensemble du droit pénal, mais permettra de revenir à une conception plus juste de la sanction pénale.

**495. Conclusion de la Section 2.** Généralement, le malaise suscité par la notion de dangerosité et les reproches formulés contre les mesures de sûreté conduisent à plaider en faveur de leur suppression. Un système de double voie s'est imposé en France, méprisant les libertés individuelles et ignorant les réalités de l'écueil qui se profile à l'horizon. Les auteurs d'infractions sexuelles sont les premiers concernés par le développement de ces sanctions à volonté préventive et curative. Partant, il semblait nécessaire de proposer des moyens de rationaliser les fondements et le régime de ces mesures.

Concernant leur fondement, l'expertise de dangerosité, la seule solution réside dans la suppression de ces expertises fallacieuses. Actuellement, aucune méthode ne permet de répondre au souhait prédictif de la dangerosité. De fait, il apparaît nécessaire de laisser aux magistrats le soin d'apprécier la dangerosité sans prétendre à une quelconque appréciation

---

<sup>1806</sup> M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 2016, 5<sup>ème</sup> édition, p. 779.

<sup>1807</sup> Les références textuelles à la notion de mesure de sûreté devront être gommées. À titre d'exemple, l'article 131-36-9 du Code pénal dispose que : « Le suivi socio-judiciaire peut également comprendre, à titre de mesure de sûreté, le placement sous surveillance électronique mobile, conformément aux dispositions de la présente sous-section ». Désormais cet article pourrait être ainsi rédigé : « Le suivi socio-judiciaire peut également comprendre le placement sous surveillance électronique mobile, conformément aux dispositions de la présente sous-section »...

<sup>1808</sup> Article 131-36-1 du Code pénal.

scientifique. Les avocats et le ministère public devront débattre de ces différents points. Si la dangerosité peut planer dans les juridictions, elle doit de toute évidence quitter les cabinets d'expertise.

En revanche, l'étude des mesures de sûreté et le retour sur leurs origines ont permis de souligner leur intérêt. Certes la matérialisation de ces mesures s'avère particulièrement décevante, néanmoins leur enjeu préventif demeure inspirant. En modifiant le paradigme sous lequel les mesures de sûreté sont appréhendées, celles-ci ne sont pas nécessairement à abandonner. Il ne s'agit pas d'envisager ces sanctions comme des moyens d'étirer la peine pour prévenir l'accomplissement d'une future infraction, mais davantage comme la possibilité d'enrichir la peine afin de prévoir le retour du délinquant à la société. La rationalisation des mesures de sûreté ne devrait pas conduire à leur suppression mais au contraire, à leur absorption par les peines. Comme le dispose l'article 130-1 du Code pénal, les peines ne peuvent se contenter de réprimer. Leur aspect préventif doit être valorisé par le retour matériel du délinquant à la société. Associées à la mise en place de divers procédés, les mesures de sûreté devraient se fondre avec les peines, faisant disparaître leurs dernières disparités, afin de tendre à la réinsertion des délinquants sexuels<sup>1809</sup>.

**496. Conclusion du Chapitre 2.** Les infractions sexuelles sont au centre d'une panique morale qui ne cesse de croître. Aux confins de l'inquiétude, leur régime se déforme sous le poids de l'angoisse qu'elles engendrent. Aussi, certains éléments étaient inévitablement à repenser afin de libérer le droit des mœurs. À cet égard, le temps comme le soin se sont présentés comme deux dispositifs particulièrement malmenés par l'influence de la morale.

En effet, la prescription de l'action publique n'est plus qu'un mauvais souvenir que tout tend à faire disparaître. Érigée sur des fondements surannés, plus rien ne justifie son existence. De fait, délicat de proposer un nouveau régime sans s'enquérir du sens de l'institution. Cependant, la prescription de l'action publique a-t-elle encore un sens ? Si le doute est permis, il semblerait que oui. Loin d'être devenue une futilité, la prescription s'impose au contraire en tant que besoin impérieux. Le respect du principe de nécessité de la peine et celui du délai raisonnable mettent en exergue l'importance de l'institution. Le sens de la prescription prend donc racine dans le

---

<sup>1809</sup> Les conséquences de cette fusion pourront se faire ressentir notamment sur les personnes considérées irresponsables pénalement. En effet, il ne serait désormais plus permis de leur imposer une mesure de sûreté car ces dernières seront considérées comme des peines. Un nouveau régime, sans doute *extra* pénal, devra être repensé les concernant.

respect de principes largement consacrés. Ainsi, à partir du renouvellement de ses fondements, révélant leur ancrage juridique, que le régime de la prescription a pu être rationalisé afin que les infractions sexuelles renouent avec le raisonnable.

Souhaitant respecter divers équilibres essentiels à la procédure pénale tracés par J. DANET, deux régimes ont été proposés. Le premier a eu pour effet de rapprocher l'institution du rationnel en créant un double délai de nature à encadrer la prescription et éviter son étirement infini. Le second repose quant à lui sur un certain idéal qui justifierait la césure du procès pénal, ce qui impliquerait des moyens financiers tout aussi certains qu'idéalistes.

Enfin, aux côtés du temps s'est imposé le soin, pivot du régime relatif aux auteurs d'infractions sexuelles. Tout d'abord, il aura fallu interroger la notion de dangerosité avant de conclure à la nécessaire suppression de son expertise. Si la dangerosité existe, elle ne saurait être scientifiquement appréciée. Il reviendra donc aux magistrats la tâche d'apprécier la dangerosité d'un individu, écartant ainsi toute méprise liée à l'aura scientifique.

Enfin, il s'agissait de se pencher sur la pertinence des mesures de sûreté qui prolongent l'incarcération. Tournées vers l'avenir, ces mesures ont l'intérêt de projeter la réponse pénale vers d'autres fonctions que la répression. Complétant la vision étriquée de la peine, les mesures de sûreté sont originellement créées pour compléter, voire remplacer, la désillusion de la simple punition. Toutefois, progressivement, leur proximité avec les peines s'est affirmée. La frontière s'est obscurcie. Des peines aux mesures de sûreté il n'y a désormais qu'un pas. Néanmoins, c'est au sein de leur divergence que s'inscrit la critique qui peut leur être adressée. Instrumentalisées, les mesures de sûreté sont largement exploitées pour échapper au cadre tracé par les grands principes. Là où les peines se plient, les mesures de sûreté résistent. Cependant, leur fusion avec les peines permettrait d'enrichir la répression, tout en respectant les principes fondamentaux dont nous comprenons mal qu'elles y échapperaient.

Du temps au soin, la rationalisation du régime fondé sur les mœurs a permis de consacrer davantage la réduction de l'influence de la morale.

**497. Conclusion du Titre 1.** Après avoir déconstruit l'appréhension actuelle des mœurs par le droit pénal, le temps était venu de proposer. Comment contraindre le droit pénal à s'émanciper de ses liens pernicious qui l'enchaînent aux mœurs ? Le procédé se devait d'être méthodique mais surtout, juridique. Il ne s'agissait en aucun cas d'opposer nos propres

croyances à celles qui préexistent. L'affrontement sur le terrain des valeurs sociales protégées apparaissait tout aussi vain que dangereux. Aussi, puisant dans les mécanismes juridiques il fut loisible de proposer différents procédés tendant à libérer les incriminations et leur régime de l'influence des mœurs.

Rappelons brièvement que les incriminations sexuelles ne sont pas toutes exclusivement fondées sur la protection des mœurs. Si celles qui le sont doivent quitter le Code pénal, la totalité des infractions sexuelles mérite néanmoins d'être rationalisée car le spectre de la morale n'en finit pas de les multiplier en dépit de toute raison.

La première étape consistait à redéfinir le principe de nécessité, dont l'existence est essentielle mais l'application parcellaire. À partir de l'établissement de critères précis, il était permis d'effectuer un premier filtre des incriminations. Le simple constat d'un vide répressif ne saurait suffire pour apprécier la nécessité d'une incrimination. Il s'agissait donc de décomposer les différents critères du principe constitutionnel en vue de les légaliser. L'existence d'un vide répressif doit s'ajouter à la répression d'un comportement réellement antisocial, tout en garantissant la subsidiarité du droit pénal et enfin, le rejet de la fonction symbolique comme fondement de la répression. Ce n'est qu'à partir de ces composantes précisément développées que les contrôles pourront être assurés, notamment par le Conseil constitutionnel. Cette stricte détermination du principe de nécessité permettra aux Sages de s'y référer pour assurer un contrôle effectif.

Suite à l'application de ce critère et l'étude de son incidence sur les infractions actuellement en vigueur, ce premier mécanisme fut complété par une suppression de toutes les infractions sexuelles sans victime. En effet, l'existence d'une victime permet de tracer une ligne tangible entre les infractions fondées uniquement sur les mœurs, ayant vocation à disparaître, et celles qui reposent avant tout sur la protection des citoyens et de fait, sur la préservation de l'ordre public. Ce faisant, le consentement est apparu comme un filtre infaillible aux relations sexuelles. Certes, son appréciation peut laisser subsister certaines craintes. Toutefois, le droit contient tout le nécessaire pour une appréciation mesurée du consentement. La volonté d'étirer la force du consentement à l'ensemble des infractions sexuelles s'explique par la nature intrinsèquement intime de ces dernières et l'aspect réversible de l'accord donné. Cette réflexion permettrait, à titre d'exemple, de distinguer la prostitution forcée et la prostitution choisie et conduirait également à la suppression de l'atteinte sexuelle. Cependant, la capacité à consentir doit pouvoir être appréciée, objectivement. À ce titre, il convient d'ériger certaines limites telle

qu'une présomption de non-consentement pour les mineurs de treize ans, en cohérence avec le régime actuel et le rejet de toute présomption de consentement.

Outre les incriminations, le régime des infractions sexuelles a également nécessité d'être repensé. Animé par des mœurs blessées, ce régime est devenu en tout point exorbitant. Si certains aspects dérogatoires apparaissent légitimes, d'autres, en revanche, ont besoin d'être révisés. Du temps au soin, le législateur semble s'être égaré.

La prescription de l'action publique chancèle sur des fondements incertains. Partant, ils furent repensés afin de juridiquement les ancrés. À partir de cela, il était permis de proposer un régime libéré de l'influence des mœurs, sans pour autant ignorer la particularité de certaines incriminations telles que les violences sexuelles sur mineur, qui induisent un report du point de départ à la majorité de la victime. La création d'un double délai qui conduirait à instaurer un délai butoir pour l'ensemble des infractions a ainsi pu être proposée. La découverte de l'infraction et l'exercice de l'action publique seraient englobés dans un délai qui débiterait à la commission de l'infraction tout en garantissant une date butoir. Par ailleurs, si la césure du procès pénal s'avèrerait particulièrement intéressante car la prescription de l'action publique ne s'opposerait pas à la reconnaissance d'une culpabilité, les réalités matériellement exigées font douter de sa faisabilité.

Au-delà du temps, le soin doit également être rationalisé. De la notion de dangerosité à l'application des mesures de sûreté, les possibilités d'améliorations sont nombreuses. Si l'expertise de dangerosité doit d'être supprimée, l'existence des mesures de sûreté pourrait intégrer un régime repensé. Celui des peines classiques. Ce faisant, la prévention et la répression s'uniraient en vue d'instaurer une réponse pénale globale.

Une fois le droit pénal libéré des mœurs, il apparaît essentiel de considérer les effets de cette libération. Afin de parachever le raisonnement déployé, il s'agit de s'attarder sur les répercussions de cette émancipation en s'intéressant aux vestiges des infractions sexuelles. Principaux protagonistes de la relation sexuelle, les auteurs et les victimes des infractions sexuelles doivent intégrer la réflexion juridique. Puisque l'ensemble du système pénal relatif aux infractions sexuelles se resserre autour d'eux, comment améliorer leur appréhension ? Enfin, jusqu'où peut-on pousser le raisonnement déployé jusqu'à présent ? Comment parfaire la libération du droit vis-à-vis des mœurs ? De l'ignorance à la protection, il apparaît essentiel

d'étudier les possibilités que laisse présager l'avenir. Après avoir proposé une émancipation du droit pénal au regard des mœurs (**Titre 1**), il s'agira d'en étudier les effets (**Titre 2**).





## **Titre 2 – Les conséquences du processus d'*amoralisation***

**498. De la proposition à ses retentissements.** Après avoir souligné l'emprise pernicieuse de la morale et sa matérialisation sur les incriminations sexuelles, il est apparu essentiel de dresser des barrières solides et juridiques à cette interférence. Toutefois, il n'était pas permis de se contenter d'avancer des mécanismes de rationalisation, sans interroger les conséquences de ce processus *d'amoralisation*. Bicéphales, les retombées de ce procédé conduisent du pratique à la théorie. Elles permettent d'aborder les protagonistes de la relation sexuelle avec davantage de recul et d'objectivité, tout en poussant la réflexion hors de la sphère concrète, afin de la mener jusqu'aux corollaires de l'*amoralisation*.

**499. Vers l'amélioration de l'appréhension des protagonistes.** L'une des propositions centrales du procédé de rationalisation consiste à recentrer la relation sexuelle telle qu'elle est saisie par le droit pénal autour de ses protagonistes. Le législateur ne saurait punir les comportements sexuels sans victime. Partant, de nouveaux enjeux sont apparus parmi lesquels l'amélioration de la prise en charge de l'auteur et de la victime de l'infraction sexuelle. En effet, une fois l'influence de la morale limitée, la matière pénale cesse de se disperser. Les protagonistes réapparaissent au centre de la relation sexuelle et le législateur doit s'employer à parfaire leur prise en charge. Loin de l'influence de la morale qui conduit régulièrement le droit pénal à s'éloigner de l'efficacité, certaines voies d'améliorations pratiques se sont progressivement dessinées, laissant présager un avenir plus radieux.

**500. La nécessité de sonder les limites de la réflexion.** Enfin, le procédé d'*amoralisation* nous enjoint de sonder ses corollaires. Une fois le droit pénal émancipé des mœurs, que reste-t-il ? La matière pénale ne doit-elle pas aller plus avant dans sa relation avec la morale et ainsi protéger les individus aux mœurs dissidentes ? De même, jusqu'où peut-on concevoir l'ignorance de la morale ? Après avoir étudié l'importance de s'extraire de l'influence des mœurs sexuelles, il apparaît désormais impérieux d'interroger la transposition de ces raisonnements à l'ensemble du droit pénal. Il s'agira d'aborder l'extension des pratiques

développées pour les infractions sexuelles à l'ensemble de la matière. En définitive, les répercussions que pourraient avoir ce processus d'émancipation seront envisagées.

**501. Annonce de plan.** Les effets de la libération du droit pénal vis-à-vis des mœurs conduisent à revenir sur ceux qui composent l'infraction sexuelle. La reconsidération des protagonistes s'impose car ce n'est qu'à partir d'elle qu'il sera possible d'envisager une amélioration du système actuel et une diminution de la criminalité sexuelle (**Chapitre 1**). Indépendamment des individus, l'émancipation du droit pénal vis-à-vis des mœurs laisse également certains questionnements en suspens. Il s'agira de sonder les corollaires de la démonstration, proposant différentes voies possibles qui ne sont que les conséquences d'un droit pénal libéré des mœurs (**Chapitre 2**).

## Chapitre 1 – La reconsidération des protagonistes

**502. De l'importance des protagonistes.** Il était inenvisageable de déconstruire une part du droit pénal, sans repenser ses vestiges et proposer leur amélioration. En épurant le droit pénal de l'influence de la morale<sup>1810</sup>, les incriminations sexuelles et leur régime ont été recentrés autour des principaux intéressés : l'auteur et la victime directe de l'infraction sexuelle. En effet, la matière pénale se fonde sur la protection de la société. Or, en punissant des comportements sexuels sans victime, la matière renoue avec l'ordre moral. Afin de défaire les liens qui relient le droit aux mœurs, il était nécessaire de faire des protagonistes de la relation sexuelle le pivot des incriminations. Désormais, leur traitement interroge car en lui se situent des promesses de politique pénale amendée et des perspectives de réduction de la criminalité. Repenser le parcours des délinquants ainsi que celui des victimes permet d'aborder les comportements sexuels de façon rationnelle. S'attarder sur ceux qui composent l'infraction sexuelle est inéluctable tant leur prise en charge se trouve aux confins de cette délinquance.

**503. De l'intérêt d'améliorer la prise en charge des protagonistes.** L'intérêt de revenir à l'homme derrière l'acte n'a pas échappé au législateur. Les auteurs d'infractions sexuelles figurent sans doute parmi les individus auxquels le droit pénal s'intéresse le plus. Rapidement, la volonté de les sanctionner et de les soigner s'est imposée. À intervalles réguliers, le législateur se saisit de la question. Nombreuses sont les tentatives d'amélioration déjà amorcées<sup>1811</sup>. En juin 2018 apparaît un rapport de la Commission d'audition relatif aux auteurs de violences sexuelles. Plus récemment, en mai 2019, un rapport d'information du Sénat s'est appuyé sur de nombreuses auditions pour proposer une amélioration des politiques publiques de prévention, de détection, d'organisation des signalements et de répression des infractions sexuelles susceptibles d'être commises par des personnes en contact avec des mineurs dans le cadre de l'exercice de leur métier ou de leurs fonctions<sup>1812</sup>. Cette considération pour l'homme

---

<sup>1810</sup> Voir *supra* n° 345 s.

<sup>1811</sup> Enregistrement des auditions des mineurs, formation des enquêteurs et des magistrats à ces difficultés, création de plateformes destinées au signalement des violences sexuelles...

<sup>1812</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, fait au nom de la mission commune d'information sur les politiques publiques de prévention, de détection, d'organisation des signalements et de répression des infractions sexuelles susceptibles d'être commises par des personnes en contact avec des mineurs dans le cadre de l'exercice de leur métier ou de leurs fonctions.

qui se cache derrière les faits semble louable car en améliorant le traitement pénal des auteurs et des victimes d'infractions sexuelles, il est permis d'espérer une réduction des comportements répréhensibles. Toutefois, cet intérêt n'est pas toujours parfaitement réalisé. La prise en charge des protagonistes n'est pas implacable et différents éléments méritent d'être réétudiés.

**504. Annonce de plan.** Il s'agit à présent d'entrer dans la pratique afin d'interroger le parcours des auteurs (**Section 1**) comme celui des victimes (**Section 2**) et de proposer des voies de perfectionnement.

## **Section 1 – Les auteurs d'infractions sexuelles, une parole à exploiter**

**505. Un intérêt à amender.** Si de nombreux dispositifs existent au sein de la réponse pénale, ils ne sont pas toujours parfaitement adaptés à la prise en charge de l'auteur d'infraction sexuelle. L'influence de la morale conduit parfois le législateur à délaissier certains outils au profit d'une répression insatisfaisante.

À titre d'exemple, tout l'aspect préventif de la prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles est largement ignoré. La seule alternative développée par le législateur a consisté à pénaliser en amont des comportements n'ayant causé aucune victime. Actuellement, la prévention se fait essentiellement par la répression. Si ce procédé est à exclure<sup>1813</sup>, la dépenalisation d'une partie des infractions sexuelles laisse tout un pan de la délinquance actuelle sans réponse. De fait, il apparaît essentiel de repenser les mécanismes préventifs sans pour autant délaissier l'usage de la réponse pénale.

La parole du délinquant sexuel permettra de traverser son parcours pénal en vue de l'améliorer. Cette « mise en discours du sexe »<sup>1814</sup> est un phénomène largement ancré dans nos sociétés qu'il est nécessaire d'exploiter. Parler pour détecter, parler pour prendre en charge, parler pour soigner, l'expression se situe ainsi au cœur de l'appréhension de la sexualité.

---

<sup>1813</sup> Voir *supra* n° 243 s.

<sup>1814</sup> M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité I*, Gallimard, 1994, p. 50.

Parallèlement à la réponse pénale (§1) ou intégrant la réponse pénale (§2), des perspectives d'évolution fondées sur la parole s'offrent aux auteurs d'infractions sexuelles ou ceux voués à le devenir.

## § 1 – La parole, complément de la réponse pénale

**506. Repenser la prévention.** Aujourd'hui, la prévention est assurée par un droit pénal tout puissant. La punition s'impose comme la seule réponse face à un comportement sexuel jugé déviant. Pourtant, cette extension du droit pénal, chargé de tout traiter, de tout punir, est loin d'avoir fait ses preuves<sup>1815</sup>. La répression seule ne suffit plus. Par conséquent, il paraît nécessaire d'envisager d'autres chemins.

**507. La puissance de la parole.** Loin de la stigmatisation intrinsèque à la matière pénale, la nécessité de développer une prévention globale, intégrant la prévention primaire et la prévention de la récidive, suppose de libérer la parole de ceux qui pourraient devenir ou redevenir des délinquants sexuels. À ce titre, la libération de la parole s'impose en tant qu'instrument à privilégier. Ce n'est qu'à travers ce processus que les personnes présentant certaines déviances pourront être visibles et prises en charge.

Néanmoins, la prévention des maux par les mots (A) ne peut s'envisager sans s'attarder sur la capacité à accueillir cette parole, parfois violente, souvent choquante, mais toujours bénéfique (B).

### **A. Prévenir les maux par les mots**

**508. L'importance de la parole.** Afin de concrétiser l'intérêt de libérer la parole (1), le droit international et certaines initiatives internes dévoilent des outils précieux et inspirants de nature à rendre cette délivrance effective (2).

---

<sup>1815</sup> Voir *supra* n° 281 s.

1. L'intérêt de libérer la parole

**509. De la détention à la libération des mots.** Impossible d'ignorer le fait que le législateur favorise la peine à la parole. Exploitées par le pouvoir exécutif dans sa quête d'approbation, les peines se durcissent sans être prononcées<sup>1816</sup>. L'emprisonnement est utilisé à tort et à travers, ignorant ses lacunes et sa réalité désenchantée. Le législateur insiste, en dépit des résultats. Trop tardive dans certains cas, la sanction exige un commencement d'exécution. Trop précoce dans d'autres situations, elle enferme ceux qui n'ont pourtant causé aucune victime<sup>1817</sup>. Peut-être faudrait-il enfin admettre que cette voie répressive n'est pas toujours la bonne, ou tout du moins, pas la seule. Inopérant, ce procédé qui consiste à alourdir les peines et à étendre le champ d'application de l'arme pénale peut également s'avérer contreproductif. En effet, l'émotion qui entoure les infractions sexuelles tend à cloisonner leurs auteurs potentiels dans un repli parfois dangereux. Les personnes qui présentent des déviations sexuelles sont livrées à elles-mêmes, dans une société qui leur est particulièrement hostile. Ces individus sont majoritairement seuls face à internet et ses dangers. Si certains d'entre eux font des démarches personnelles et accèdent aux quelques dispositifs préexistants, la majorité devra attendre de commettre une infraction pour qu'une première réponse lui soit apportée. Puisque le système de *prévention*<sup>1818</sup> que connaît actuellement le droit pénal par la multiplication des infractions sans victime n'est pas satisfaisant, une nouvelle prévention d'un premier passage à l'acte, ou d'une potentielle récurrence ou réitération, par la libération de la parole est envisageable.

La volonté de prévenir par la libération de la parole ne se destine en aucun cas à remplacer l'ensemble de l'arme pénale. L'objectif n'est évidemment pas de punir les délinquants sexuels d'une peine de logorrhée verbale. Il ne s'agit pas de substituer la parole à la répression, mais de la compléter. Libérer la parole n'a pas vocation à remplacer la peine qui sanctionne le passage à l'acte, mais se situe en amont afin de désamorcer le passage à l'acte. Mis à part les procédés

---

<sup>1816</sup> Selon des statistiques publiées par le ministère de la Justice en 2018, « S'agissant des agressions et atteintes sexuelles, 44 % des condamnés majeurs sont sanctionnés par une peine d'emprisonnement ferme, le quantum ferme le plus fréquemment prononcé se situant entre un et deux ans ». Disponible sur : [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_Infostat\\_164.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Infostat_164.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021). L'agression sexuelle est punie de 5 ans d'emprisonnement et que les peines relatives à l'atteinte sexuelle ont été augmentées de 5 à 7 ans d'emprisonnement (Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018).

<sup>1817</sup> Voir *supra* n° 177 s.

<sup>1818</sup> Voir *supra* n° 243 s.

de rationalisation de certaines infractions proposées plus avant<sup>1819</sup>, cette démarche permettrait d'offrir un système plus complet et plus efficace.

**510. Vers une prévention globale.** Si la nécessité de favoriser l'expression des maux des victimes a très vite été saisie<sup>1820</sup>, les personnes présentant des déviances sexuelles demeurent généralement en marge de la société, contraintes au silence<sup>1821</sup>. L'infamie qui gravite autour de ces derniers les conditionne à faire taire leurs pulsions jusqu'à ce que celles-ci deviennent trop difficiles à contenir. En favorisant le dialogue, l'objectif serait de prévenir l'expression matérielle de ces déviances. Dans ce cas précis, la parole a pour objet de remplacer la sanction pénale en évitant un passage à l'acte. Briser le silence permettrait de multiplier les personnes abstinentes en leur donnant une place à part entière car explicitement nommée. Parallèlement, la prévention de la récidive peut également reposer sur ce déliement des mots, à l'issue de la réponse pénale une fois la peine et la mesure de sûreté évaporées. L'auteur d'infractions sexuelles pourrait éviter la commission d'un nouveau passage à l'acte par le recours à l'expression, à l'image de la prévention primaire. Le procédé serait similaire : offrir aux individus la possibilité d'exprimer leurs déviances pour mieux les détecter et les accompagner.

Ainsi que l'ont montré certaines études psycho criminologiques<sup>1822</sup> ou les retours de diverses associations<sup>1823</sup>, les aspects bénéfiques de cette libération sont nombreux. Ils permettent notamment de favoriser une certaine résilience de la part des individus en les menant vers une prise de conscience et un développement de l'empathie<sup>1824</sup>. Ils tendent également à leur proposer une prise en charge pour les accompagner dans une perspective d'évolution. Par conséquent, en vue de libérer la parole, il est essentiel de s'attarder sur les outils à exploiter.

---

<sup>1819</sup> Voir *supra* n° 345 s.

<sup>1820</sup> Voir *infra* n° 265 s.

<sup>1821</sup> Nous nous situons ici avant la commission de l'infraction, avant toute réponse pénale, voire même, avant la matérialisation d'un acte répréhensible.

<sup>1822</sup> R. PALARIC, *Cliniques des auteurs d'agressions sexuelles au carrefour des débats contemporains : analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique*, Thèse, Rennes 2, 2014 ; A.-L. VAINÉAU, « Vous avez des pulsions pédophiles : où trouver de l'aide ? », *Psychologie*, 17 novembre 2016.

<sup>1823</sup> Voir notamment l'association L'Ange Bleu et les nombreuses interventions de L. BENNARI, présidente et fondatrice de l'association. L. BENNARI, *La fin d'un silence. Pédophilie : une approche différente*, AD2 Éditions, 2003 ; L. BENNARI, *L'ange bleu. Pédophilie : prévenir pour protéger*, Édition du Rocher, 2005 ; L. BENNARI, *Pédophiles, ex-auteurs et victimes*, Edilivre-Aparis, 2015.

<sup>1824</sup> Sur les effets positifs des cercles de parole, voir *infra* n° 512.



## 2. Les outils pour libérer la parole

Après avoir souligné l'importance de libérer la parole, se pose nécessairement la question des modalités de son expression. Comment favoriser et accueillir les mots des potentiels auteurs d'infractions sexuelles ? À cet égard, différentes possibilités sont offertes.

**511. L'installation d'un numéro de téléphone.** Le premier dispositif envisageable en vue de libérer la parole consisterait à créer un numéro de téléphone, à l'instar de celui existant pour les victimes mineures d'infractions sexuelles. Il permettrait aux personnes sur le point de commettre une infraction sexuelle de désamorcer leur envie. Un tel procédé existe déjà concernant les victimes puisque le service national d'accueil téléphonique de l'enfance en danger (SNATED)<sup>1825</sup> dispose d'une cinquantaine de personnes, dont vingt-six écoutants qui assurent un service vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept, trois-cent-soixante-cinq jours par an<sup>1826</sup>. Il apparaît judicieux de remonter l'*iter criminis* pour proposer ce même service aux délinquants sexuels en devenir. Ce numéro permettrait d'offrir une écoute effective et de libérer la parole avant que celle-ci ne s'exprime par un passage à l'acte.

Loin d'être inédit, un rapide regard en droit comparé nous apprend qu'aux États-Unis, le dispositif *Stop it now*<sup>1827</sup> permet une écoute pour personnes attirées par des mineurs grâce à une permanence téléphonique ainsi qu'un service de tchat en ligne. De même, le dispositif *Online Help Center* invite les individus à répondre à une série de questions de nature à cibler leur profil, leur déviance, et leur offrir des informations personnalisées et adaptées à leur situation. Plus proche encore, en Allemagne, l'institut de sexologie à Berlin a mis en œuvre en 2005 le dispositif *Dunkelfeld*<sup>1828</sup> destiné aux personnes présentant des symptômes pédophiles. Il s'adresse aux personnes attirées sexuellement par des mineurs avant leur premier passage à l'acte, mais également aux auteurs d'infractions sexuelles sur mineurs dont les actes ne sont pas connus de la justice, ainsi qu'aux délinquants déjà condamnés qui craignent de récidiver. Ce dispositif est doté d'un service téléphonique et d'une plateforme internet qui permet de transmettre différentes informations aux personnes concernées afin de les diriger au mieux. Entre 2005 et 2018, la plateforme téléphonique a reçu plus de 9 000 appels, qui ont donné lieu

---

<sup>1825</sup> Créé par la loi n° 89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance, *JO* du 14 juillet 1989.

<sup>1826</sup> Voir *infra* n° 543.

<sup>1827</sup> Disponible sur : <https://www.stopitnow.org/> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1828</sup> *Dunkelfeld* signifie « zone d'ombre ».

à l'évaluation de 2 900 personnes, dont 1 550 se sont vues proposer des soins. Le *Dunkelfeld* a su s'imposer sur le territoire allemand et il recense aujourd'hui dix structures différentes. Ces établissements proposent des prises en charge protéiformes, allant de l'écoute à la thérapie.

Actuellement en France, peu de dispositifs existent dans ce domaine. L'association l'Ange bleu<sup>1829</sup>, créée en 1998, propose une écoute téléphonique et reçoit entre 50 et 300 appels par mois de la part d'individus attirés par des enfants. De même, en s'inspirant du modèle allemand, douze CRIAVS (Centres Ressources pour les Intervenants auprès des Auteurs de Violences Sexuelles) participent actuellement au Réseau Écoute Orientation, créé en 2016, destiné aux personnes souffrant de fantasmes ou comportements déviants. Néanmoins, ces dispositifs demeurent clairsemés ou embryonnaire et mériteraient d'être généralisés à l'instar d'un numéro vert dédié aux auteurs de violence conjugale qui vient de faire son apparition<sup>1830</sup>.

À ce titre, il semblerait que la Fédération française des centres ressources pour les intervenants auprès des auteurs de violences sexuelles (FFCRIAVS) ait mis en place un groupe de travail destiné à étudier la faisabilité d'un tel projet. I. BERTSCH, secrétaire de la FFCRIAVS, consultée par le Sénat concernant les politiques publiques de prévention, de détection, d'organisation des signalements et de répression des infractions sexuelles susceptibles d'être commises par des personnes en contact avec des mineurs, propose de s'inspirer du modèle allemand afin de « développer un numéro d'appel reposant sur les CRIAVS, adossé à un site Internet, où les personnes intéressées trouveraient des informations et la possibilité d'une auto-évaluation. Cela permettrait le cas échéant de les rediriger vers un CRIAVS en vue du soin »<sup>1831</sup>. La volonté de libérer la parole a donc atteint la France au point de figurer parmi les propositions du Sénat<sup>1832</sup>.

La mise en place d'un numéro de téléphone destiné aux personnes qui présentent des déviances sexuelles a le goût de l'évidence. Cependant, contrairement à l'Allemagne et à la proposition du Sénat, il n'est pas opportun de le limiter aux personnes attirées sexuellement par les mineurs.

---

<sup>1829</sup> Disponible sur : <http://www.angebleu.fr/fr-FR/> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1830</sup> La Fédération Nationale des Associations et des Centres de prise en Charge d'Auteurs de Violences conjugales et Familiales a mis en place pendant le confinement un numéro vert dédié aux auteurs de violences conjugales (08 019 019 11).

<sup>1831</sup> I. BERTSCH (Secrétaire du FFCRIAVS), Audition du 17 janvier 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1832</sup> Proposition n° 38 : créer une structure dédiée assurant une permanence d'écoute pour les personnes sexuellement attirées par les enfants, leur offrant une prise en charge thérapeutique pour éviter leur passage à l'acte, et déployer une communication nationale pour faire connaître ce dispositif (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 8).

Ce dispositif doit s'adresser à toutes les paraphilies<sup>1833</sup> dès lors que celles-ci sont pénalement répréhensibles afin de permettre une action plus large et efficace. Développer ce numéro téléphonique aurait pour effet de faciliter la libéralisation de la parole, afin de prévenir un passage à l'acte, d'apaiser les crises aiguës et d'aiguiller les appelants vers des services adaptés.

**512. La prise en charge de la parole.** Si la mise en place d'un numéro d'appel apparaît primordiale, ce système ne saurait se suffire à lui-même. En effet, pour que cette proposition soit intéressante, un second volet nécessite d'être généralisé. Au-delà de la possibilité de parler, se situe la possibilité d'avoir certaines réponses. Outre l'importance de l'écoute, il s'agit dans un second temps de d'offrir une prise en charge efficace. Le contact téléphonique s'avère être un levier profitable pour initier un premier suivi thérapeutique.

En Allemagne, le *Dunkelfeld* propose une thérapie qui s'étale sur une année. Elle se décompose en séances de groupes de parole collectif<sup>1834</sup> et, si nécessaire, des rencontres individuelles avec des professionnels sont mises en place. La prise en charge est pluridisciplinaire puisqu'elle allie des approches psychothérapeutiques, sexologiques, médicales et psychologiques. De façon clairvoyante, les membres de la famille peuvent être associés à la thérapie. L'objet de cette prise en charge est d'élaborer des « stratégies de gestion des situations à risque »<sup>1835</sup>. En 2016, année de création du dispositif, 2 894 personnes ont consulté l'un des sites pour obtenir un diagnostic et des conseils. 1 554 se sont vues proposer de participer à la thérapie. 925 ont commencé la thérapie et 360 l'ont achevée avec succès<sup>1836</sup>. L'exemple allemand incite à développer et généraliser ces cercles de parole en France.

À ce titre, l'association l'Ange bleu suggère des rencontres entre auteurs et victimes d'infractions sexuelles, ou seulement entre pédophiles abstinentes, c'est-à-dire des personnes attirées par des enfants mais n'étant jamais passées à l'acte<sup>1837</sup>. Ces rencontres ont pour objet

---

<sup>1833</sup> Sur l'évolution des paraphilies voir A. GIAMI, « Des perversions sexuelles aux troubles paraphiliques : comment le consentement s'est imposé comme valeur centrale dans les classifications médicales », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 140 s.

<sup>1834</sup> Ces rencontres portent notamment sur l'estime de soi, le fait d'assumer la responsabilité de son comportement, développer ses capacités sociales et cognitives, renforcer sa capacité à contrôler ses pulsions, reconnaître et maîtriser les situations à risque, améliorer ses capacités d'interaction sociale (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 tome 1 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 246).

<sup>1835</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 tome 1 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 246.

<sup>1836</sup> Disponible sur : <https://www.dont-offend.org/story/more-than-9-500-people-asked-for-help.html> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1837</sup> Sur la mise en place des cercles de parole voir *infra* n° 512.

de dévoiler les personnes, auteurs ou victimes, qu'ils renferment. Elles permettent également d'entendre la parole des victimes et de favoriser la résilience des auteurs. Malheureusement, l'association l'Ange bleu n'est présente qu'au sein de la capitale. Afin de développer la prévention primaire, la généralisation d'un tel procédé par la création de nouvelles structures, financées, dédiées à l'écoute et la prise en charge des personnes attirées sexuellement par les mineurs, pourrait être mise en place.

Par conséquent, accompagnés de campagnes de sensibilisation, ces deux espaces de parole contribueraient à une prise en charge efficace, capable de prévenir certains passages à l'acte. La nécessité de créer des structures pour les auteurs d'infractions s'impose. À ce titre, J.-P. VALENSI, procureur honoraire, a créé le *Home des Rosati* à Arras, une institution pionnière dans la prise en charge des hommes auteurs de violences conjugales. Le 25 novembre 2019, E. PHILIPPE a annoncé le lancement d'un « appel à projet » afin que « deux centres de prise en charge des hommes violents voient le jour dans chaque région »<sup>1838</sup>. Alors, l'arme pénale n'interviendrait que dans un second temps, en cas d'échec de cette première tentative. Ce même dynamisme doit être transposé aux auteurs d'infractions sexuelles. Toutefois, avant de libérer la parole, la possibilité de l'accueillir appert centrale.

## **B. Accueillir les maux et les mots**

Le corollaire de la libération de la parole est sans aucun doute la capacité à l'accueillir. Avant de souhaiter que l'autre parle, encore faut-il que l'on soit en mesure de l'entendre. À ce titre, deux questions s'imposent : qui sont ceux qui écoutent et comment écoutent-ils ?

**513. Des écoutants pluriels.** Concernant les personnes compétentes pour écouter et informer les individus souffrants de déviance sexuelle, deux voies sont envisageables. Loin de s'exclure l'une l'autre, elles se complètent. Le parallèle avec les plateformes téléphoniques destinées aux mineurs victimes témoigne du fait qu'il est possible de faire intervenir divers protagonistes. En effet, le SNATED, plateforme téléphonique dédiée aux enfants en danger, fait appel à différents professionnels de la protection de l'enfance. Tous sont salariés. Parmi eux se trouvent des psychologues de formation, des juristes ou encore des travailleurs sociaux. Ils bénéficient d'une

---

<sup>1838</sup> Voir notamment TH. COUSTET, « Violences conjugales : le procureur à l'origine de la prise en charge des hommes violents », *Dalloz actualité*, 20 décembre 2019.

formation initiale de soixante-dix heures, « composée de modules théoriques, sur les bases juridiques, le développement de l'enfant et les clignotants de la maltraitance, et de modules pratiques pour acquérir la technicité de l'écoute téléphonique en protection de l'enfance »<sup>1839</sup>. Ainsi, il semble tout à fait possible de solliciter des professionnels qui, par leurs fonctions, seraient en mesure d'apporter une écoute aiguisée. Cependant, limiter les intervenants aux professionnels nécessiterait des financements conséquents. Aussi, il est possible, en parallèle, de faire appel à des personnes bénévoles formées, qui, placées sous la coordination d'un professionnel, coordonneraient les rencontres interpersonnelles ou les plateformes téléphoniques. Une organisation hiérarchisée permettrait d'intégrer des personnes bénévoles aux côtés des professionnels, qu'ils soient juristes, médecins, psychologues ou travailleurs sociaux<sup>1840</sup>.

**514. L'importance d'une formation conséquente.** Accueillir la parole des personnes souffrant d'une sexualité déviante n'est pas une tâche aisée. Il est inévitable que les différents protagonistes soient formés, guidés et accompagnés afin de recueillir la parole sans jugement et proposer les meilleures solutions possibles. Actuellement, la faiblesse de la formation initiale des différents professionnels ne cesse d'être décriée<sup>1841</sup>. S'il apparaît délicat de fixer une trame intangible au regard de la diversité des déviations et des individus, il ne demeure pas moins essentiel d'assurer une formation juridique et psychologique aux différents acteurs. Les professionnels qui interviennent au sein du *Dunkelfeld* disposent de qualifications sexologiques spécialisées, acquises dans le cadre de formations continues. Proposer des formations particulières apparaît incontournable afin de garantir l'efficacité de tels procédés et désamorcer la potentialité d'un passage à l'acte.

En France, ces formations pourraient être assurées par les CRIAVS qui tendent déjà à former de nombreux professionnels en lien avec cette délinquance. Les centres ressources pour les intervenants auprès des auteurs de violences sexuelles sont des structures de service public

---

<sup>1839</sup> V. BLAIN (Directrice du Groupement d'intérêt public Enfance en danger), Audition du 15 janvier 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1840</sup> Lorsque l'individu n'est pas passé à l'acte mais ressent l'envie de le faire, l'appel doit pouvoir être anonyme afin de protéger les écoutants contre certaines poursuites pour entrave à la saisine de la justice (articles 434-1 et suivants du Code pénal). L'objectif est de permettre une écoute dissuasive ou une orientation vers une prise en charge rapide. De fait, l'usage de l'anonymat permettrait de protéger les écoutants.

<sup>1841</sup> J.-P. CANO, (vice-président du FFCRIAVS), et de I. BERTSCH, (secrétaire de la FFCRIAVS), Audition du 17 janvier 2019 ; G. PICHEROT (Pédiatre, membre du Conseil national de la protection de l'enfance et du comité d'experts du jeune public au Conseil supérieur de l'audiovisuel), Audition du 4 décembre 2018 ; (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

créées par la circulaire du 13 avril 2006 relative à la prise en charge des auteurs de violences sexuelles<sup>1842</sup>. Leur mission est d'améliorer la prévention, la compréhension et la prise en charge des violences sexuelles sur les bases d'une réflexion éthique et pratique. L'une des fonctions principales des CRIAVS consiste à former les professionnels qui sont amenés à entrer en contact avec les délinquants sexuels. Des professionnels de la santé aux travailleurs sociaux, des auditeurs de justice aux services d'insertion et de probation, le CRIAVS propose des formations, des conseils pratiques, des analyses ou des stratégies de soin. « Ils accompagnent aussi les équipes de terrain qui assurent la prise en charge soignante ou éducative des auteurs de violence, par le biais d'une supervision et d'une analyse de la pratique de prise en charge ; beaucoup de professionnels de la protection judiciaire de la jeunesse en bénéficient »<sup>1843</sup>. À l'heure actuelle, il existe vingt-quatre CRIAVS, regroupés au sein de la FFCRIAVS. Financés par le Ministère de la Santé, ces centres pourraient constituer un appui solide en vue de proposer des formations de qualité aux différents protagonistes. En outre, le fait de centraliser la formation au sein d'une même entité permet de garantir une certaine harmonie dans les pratiques.

Si la nécessité de libérer la parole s'impose avec la force de l'évidence, il demeure essentiel de s'assurer que les personnes soient en mesure de l'accueillir. La pluralité des situations et la difficulté d'entendre, sans jugement, l'évocation de telles envies ou pulsions, conduit à s'intéresser aux écoutants et à la formation qui pourrait leur être proposée. À ce titre, il semble opportun de faire appel à des professionnels divers et des bénévoles sélectionnés. Concernant leur formation, les CRIAVS s'imposent naturellement en tant que centres capables de proposer un enseignement de qualité. Outre les sujets sur lesquels portera la parole, une formation à l'écoute est nécessaire. La libération de la parole et la prise en charge qui peut en découler permettraient de satisfaire aux exigences d'une prévention efficace. Le silence apparaît dangereux et le système actuel n'y est pas étranger. La pénalisation exacerbée de cette criminalité ne saurait que contraindre au silence. Pour autant, cette saisie *ab initio* de la déviance implique un certain investissement et contredit la volonté d'une justice pénale peu coûteuse qui

---

<sup>1842</sup> Circulaire n° DHOS/DGS/O2/6C/2006/168 du 13 avril 2006 relative à la prise en charge des auteurs de violences sexuelles et à la création de centres de ressources interrégionaux.

<sup>1843</sup> S. MOUCHET-MAGES (Médecin), Audition du 21 novembre 2018 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.)

a su s'imposer dans les esprits et les textes de loi<sup>1844</sup>. Toutefois, certaines pratiques pourraient permettre de limiter les dépenses en ayant recourt à des bénévoles formés. De plus, l'économie envisageable sur le long terme<sup>1845</sup> laisse apparaître l'intérêt du développement d'une prévention parallèle. Selon P. MARIOTTI, « le modèle français de santé publique est fondé sur une logique curative, caractéristique commune à toutes nos politiques de santé. Pourtant, compte tenu du coût associé aux conséquences des violences, la prévention constituerait un réel investissement pour l'avenir »<sup>1846</sup>.

Par ailleurs, la volonté de limiter quelques maux par l'usage des mots ne se conditionne pas à la prévention mais conduit également à s'intéresser à la parole des délinquants sexuels au sein de la réponse pénale.

## §2 – La protection de la parole, intégrée dans la réponse pénale

**515. La parole, particularité de la réponse pénale.** S'intéresser au traitement du délinquant sexuel afin de faire évoluer les possibilités de prise en charge en amont d'un passage à l'acte ne saurait écarter son appréhension *post delictum* par le système pénal. Le regard porté sur le traitement pénal des délinquants sexuels se concentre sur ce qu'il a de particulier. En effet, il ne s'agit pas d'interroger la sanction pénale, l'efficacité de la peine privative de liberté ou celle de l'amende. Il ne s'agit pas non plus de questionner la réalité du système pénal actuel dans sa globalité. L'objet de ce développement consiste, au contraire, à s'intéresser aux particularités propres aux auteurs d'infractions sexuelles en vue de les améliorer. Une nouvelle fois, que ce soit en milieu fermé ou milieu ouvert, la parole se trouve au centre de la réflexion.

À travers l'étude de son cadre (A) et de sa nature contrainte ou voulue (B), l'intérêt porté à la communication permettra de proposer des pistes d'amélioration.

---

<sup>1844</sup> S'inscrit en ce sens la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* du 24 mars 2019. Sur le sujet voir notamment : S. FUCINI, « loi de réforme de la justice : principales dispositions pénales », *Dalloz actualité*, 2 avril 2019 ; E. DAUD et R. BINSARD, « La loi de programmation 2018-2022 et réforme pour la justice et les droits de la défense : l'impossible conciliation », *AJ Pénal* 2019, p. 188 s. ; D. LUCIANI-MIEN, « La loi du 23 mars 2019 : le rendement procédural au détriment des droits du suspect », *RSC* 2019, p. 765 s. ; Y. MAYAUD, « De la loi au Conseil constitutionnel, une réforme contrastée de la procédure pénale », *AJ Pénal* 2019, p. 176 s. ; J. PRADEL, « Notre procédure pénale à la recherche d'une efficacité à toute vapeur », *JCP G* 2019, n° 15, p 721 s.

<sup>1845</sup> Sur ce point voir notamment *infra* n° 557.

<sup>1846</sup> Paroles retranscrites après le déplacement à Lyon du 19 mars 2010 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.)

## **A. Le cadre de la parole**

**516. L’espace de la parole.** Du milieu fermé au milieu ouvert, le délinquant sexuel se trouve au centre d’un système d’organisation spécifique au sein duquel se rencontrent de nombreux protagonistes. La volonté de soigner la déviance induit une confrontation entre le monde de la santé et celui du droit. Aussi, cette association complexe ne facilite pas la parole. En milieu fermé (1) comme en milieu ouvert (2), l’articulation de l’expression doit être étudiée et corrigée.

### *1. En milieu fermé, une parole fluidifiée*

**517. Individu particulier, établissement particulier**<sup>1847</sup>. Nul doute que les auteurs d’infractions sexuelles ne sont pas des prisonniers comme les autres. En raison d’une spécificité intrinsèque ou du regard que l’on porte sur eux<sup>1848</sup>, il existe désormais des quartiers voire des établissements qui leur sont destinés. L’alinéa 3 de l’article 717-1 du Code de procédure pénale dispose que « les personnes condamnées pour une infraction pour laquelle le suivi socio-judiciaire est encouru exécutent leur peine dans des établissements pénitentiaires permettant d’assurer un suivi médical et psychologique adapté ». En contact avec des professionnels spécialement formés, les auteurs d’infractions sexuelles sont également préservés des stigmatisations, voire des agressions dont ils font l’objet dans les établissements ordinaires. Au sein de ce cadre adapté, des programmes de prévention sont mis en place, notamment par le développement de groupes de parole<sup>1849</sup>, animés par les services pénitentiaires d’insertion et de probation en collaboration avec les CRIAVS<sup>1850</sup>.

**518. Une stigmatisation supplémentaire.** Néanmoins, ces lieux privatifs de liberté présentent certains risques parmi lesquels celui d’une énième ostracisation. Créer des établissements spécialement orientés vers ce type de délinquance se fonde sur l’idée qu’il s’agit

---

<sup>1847</sup> Sur le sujet voir notamment F. BRIGANT, « La prise en charge des délinquants sexuels en milieu fermé », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 135 s. ; B. ORIEZ et J. PFENDER, « Un dispositif de soins pour auteurs de violences sexuelles incarcérés », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 151 s. ; S. SAETTA, « Inciter des auteurs d’infractions à caractère sexuel incarcérés à se soigner », *Champ pénal*, 2016, vol. 13.

<sup>1848</sup> Voir *supra* n° 146 s.

<sup>1849</sup> Voir notamment B. ORIEZ et J. PFENDER, « Un dispositif de soins pour auteurs de violences sexuelles incarcérés », art. préc., spéc. p. 155 s.

<sup>1850</sup> En effet, le CRIAVS propose des formations relatives aux soins, à la pédophilie ou aux adolescents auteurs de violences sexuelles afin d’aiguiller les professionnels dans l’accompagnement de ces délinquants. Sur ces groupes de paroles et la légitimité de leur exploitation, voir *infra* n° 512.



d'une délinquance particulière, nécessitant un traitement particulier<sup>1851</sup>. Partant, deux constats s'imposent. Le premier consiste à rappeler que les auteurs d'infractions sexuelles ne partagent pas un même problème psychiatrique<sup>1852</sup>. Il n'existe pas une maladie ou une déficience particulière et identifiable qui induirait inévitablement la nécessité d'une prise en charge psychiatrique<sup>1853</sup>. Aussi, le développement des établissements spécialisés conduit, une nouvelle fois, à considérer que les auteurs d'infractions sexuelles ne sont pas des délinquants comme les autres. La nature des infractions commises semble légitimer un traitement particulier et, de fait, une certaine mise à l'écart. À cet égard, E. CAILLAUD-RITTER s'interroge : « Mais comment allons-nous pouvoir maintenir la singularité subjective de ce type de détenus si l'on va vers la spécialisation des établissements pénitentiaires par catégorie pénale ? Ils risquent d'être identifiés d'office par leur acte "monstré" qui leur collera à la peau comme une étiquette indélébile et cela sans doute jusqu'à la mort ». La psychologue clinicienne, ajoute : « Comment pourront-ils évoluer positivement dans un tel contexte sans devenir "le pire du pire" ? »<sup>1854</sup>.

Par ailleurs, ces lieux privatifs de liberté induisent de potentielles difficultés de réinsertion car les projets de sortie sont régulièrement précédés par la réputation de l'établissement. Comme le souligne A. FARRUGIA, membre de la direction de l'administration pénitentiaire, « certains partenaires, tels que des employeurs potentiels pour les prisonniers, se montreront alors plus réservés à collaborer avec des programmes d'insertion dans ces prisons, au détriment de tous les détenus »<sup>1855</sup>. Les auteurs d'infractions sexuelles ne cessent de se heurter à l'exceptionnalité du régime qui est le leur. En voulant les protéger, ces établissements finissent au contraire par les stigmatiser, au point de rendre difficile leur retour à la société. Alors même que la majeure

---

<sup>1851</sup> À ce titre, la Cour de cassation a affirmé que la rétention de sûreté ne pouvait être prononcée que si une première prise en charge médicale, sociale et psychologique avait été amorcée en détention (Cass. crim., 28 mars 2018, n° 17-86938). Selon E. DREYER, « Il s'agit d'une sorte de déchéance du droit de retenir les personnes dangereuses à l'issue de l'exécution de leur peine si, pendant la durée de cette exécution, aucun traitement ne leur a été proposé. Cette condition tient compte du fait que, pour la Cour européenne des droits de l'Homme une détention sans les soins nécessités par l'état d'un condamné peut constituer un traitement inhumain ou dégradant. Sachant qu'il en va *a fortiori* de même pour une rétention en centre de sûreté lorsque celui-ci ne dispose pas des moyens nécessaires pour accomplir sa mission. En d'autres termes, cet arrêt peut être compris comme un appel lancé au législateur à prendre ses responsabilités : s'il n'alloue pas les moyens nécessaires pour une prise en charge immédiate des condamnés dangereux, il ne peut mettre en œuvre la politique de défense sociale qu'il souhaite mener en fin d'exécution de leurs peines » (E. DREYER, « Ne pas attendre la rétention de sûreté pour soigner ! », *Gaz. Pal.* 2018, n° 27, p. 27 s.)

<sup>1852</sup> « Les personnels du CRIAVS ont mis en exergue le fait que les AVS constituaient un groupe très hétérogène et que le champ clinique de cette population était complexe », déplacement à Lyon du 19 mars 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1853</sup> Voir *supra* n° 148 s.

<sup>1854</sup> E. CAILLAUD-RITTER, « Les agresseurs sexuels et la loi », *Le journal des psychologues* 2012, n° 294, p. 41 s., spéc. p. 45.

<sup>1855</sup> A. FARRUGIA (Représentante de la direction de l'administration pénitentiaire), Audition du 20 février 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

partie de ces établissements n'est, en réalité, composés que de 37 % d'auteurs d'infractions sexuelles, contre 10 % dans les établissements ordinaires<sup>1856</sup>, les rumeurs suscitent de réelles difficultés lors du retour à la réalité. La détention étant par nature temporaire et par principe vouée à la réinsertion, il apparaît primordial de prendre en considération ses effets sur la sortie des délinquants. De la même façon, le transfert d'un délinquant venu d'un établissement réputé pour accueillir des auteurs d'infractions sexuelles peut s'avérer particulièrement violent. Aussi, outre les établissements spécialisés, les prises en charge spécialisées permettent d'isoler ces individus dans des « quartiers vulnérables » afin d'éviter qu'ils se mélangent au reste de la population carcérale. Difficile d'établir une frontière stricte entre protection et stigmatisation.

**519. Le refus de suppression.** Ces établissements sont ambivalents. Certes, leur existence laisse supposer un risque d'ostracisation. Toutefois, la prise en charge accrue des auteurs d'infractions sexuelles est un atout incontestable. Faut-il les conserver au risque d'affirmer une fois de trop la particularité des auteurs d'infractions sexuelles, ou faut-il les supprimer et laisser s'évanouir les efforts faits en matière d'accompagnement ? Il est désormais incontestable que ce travail de recherche souhaite limiter l'exceptionnalité propre au traitement pénal des délinquants sexuels issue d'une vision déformée par la morale. Néanmoins, si l'objectif final ne fait aucun doute, il s'agit indéniablement d'un travail de longue haleine. Ainsi, dans une volonté de favoriser le retour à la société de ces individus, il apparaît que ces établissements proposent une meilleure prise en charge des délinquants sexuels, notamment en fluidifiant la parole. Par ailleurs, ils limitent les incidents dont les délinquants sexuels sont régulièrement victimes. Leur valorisation pourrait donc s'avérer, dans un premier temps, un levier intéressant dans la gestion des auteurs d'infractions sexuelles. Si cet accompagnement renforcé devrait idéalement être généralisé à l'ensemble des délinquants, la volonté de ne pas stigmatiser les auteurs d'infractions sexuelles ne saurait conduire à une uniformisation par le bas en supprimant les lieux où le suivi apparaît plus riche et plus complet.

**520. Le refus de prolifération.** Pourtant, actuellement, les vingt-deux établissements existants ne suffisent pas à assurer un réseau suffisamment dense pour concerner la totalité des délinquants sexuels. Comme pour tout autre détenu, le choix de l'établissement doit se fonder sur une démarche d'individualisation en fonction de la nature de l'infraction certes, mais

---

<sup>1856</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019 préc. cit, p. 231.

également en permettant le maintien des liens familiaux. Dès lors, en dépit du nombre d'établissements, tous les auteurs d'infractions sexuelles ne relèvent pas de ces structures. À ce titre, deux voies peuvent être empruntées. La première consisterait à créer de nouveaux établissements spécialisés pour les auteurs d'infractions sexuelles. La seconde possibilité résiderait dans la généralisation des formations et des intervenants spécialisés dans les centres ordinaires afin qu'un cadre propice à la libération des mots ne se limite pas à quelques lieux privatifs de liberté. Cette dernière alternative est à privilégier. En effet, celle-ci est plus à même de correspondre au souhait d'insérer l'exceptionnel dans le commun. Par ailleurs, moins couteuse, cette démarche arbore une vision rationnelle des situations en s'émancipant de la morale qui tend à stigmatiser le traitement des auteurs d'infractions sexuelles. S'inspirer des lieux privatifs de liberté spécialisés pour les établissements ordinaires ne peut s'avérer que bénéfique.

Par conséquent, les établissements spécialisés encadrent les délinquants sexuels en s'adaptant à leur particularité par le biais de programmes de prévention ajustés, propices à la parole. De même, ces centres permettent de limiter les agressions dont ils sont victimes et offrent un cadre idoine à cette délinquance. Cependant, il fut constaté que ces établissements sont à l'origine de certaines stigmatisations puisque les auteurs d'infractions sexuelles sont, une fois encore, désignés par leurs actes et considérés comme des individus à part, non seulement en marge de la société, mais également en marge de la délinquance. S'il ne convient pas de plaider en faveur de la suppression de ces établissements, leur prolifération n'est pas souhaitable pour autant. Généraliser la prise en charge des délinquants au sein des établissements ordinaires serait alors judicieux. Cette démarche répondrait aux malaises suscités par les établissements spécialisés tout en conservant l'intérêt de leur particularité. En outre, une fois les murs franchis, le milieu ouvert se confronte également à la difficulté de communiquer notamment en raison de la pénurie d'interlocuteurs.

## *2. En milieu ouvert, une pénurie d'interlocuteurs*

**521. L'instabilité des soins en milieu ouvert.** Avant d'améliorer les moyens de communication entre les acteurs de la santé et ceux de la justice, un premier constat s'impose. À mesure que le soin tend à se généraliser, la pénurie des professionnels qualifiés apparaît. En

amont des défauts liés à la circulation de la parole se situe l'absence de ceux voués à communiquer.

Si l'ébauche d'une thérapie s'est établie en détention au point de s'imposer pour la majorité des auteurs d'infractions sexuelles, la continuité du soin semble compromise une fois les portes ouvertes<sup>1857</sup>.

Tout d'abord, le délai d'attente des centres médico-psychologiques peut s'avérer très long<sup>1858</sup>. Ce temps vacant est de nature à décourager certains délinquants et briser la pérennité de la relation thérapeutique. À cela s'ajoute le fait que des centres sont réticents quant au fait d'accueillir les auteurs de violences sexuelles. D'autres exigent une lettre de motivation<sup>1859</sup>. Ce procédé existe afin d'éviter les délinquants opportunistes qui n'acceptent la thérapie que pour les bénéfices pénaux. Toutefois, difficile pour une personne qui ne se soigne que parce que la justice l'y oblige de faire valoir une certaine motivation.

Indépendamment de ces réserves, il existe d'une pénurie de médecins formés pour suivre les délinquants sexuels. La France fait face à son manque de moyens matériels et humains. Où sont les armées de psychiatres spécialisés que le droit pénal n'hésite pas à invoquer ? La performativité du langage a ses limites. Il ne suffit pas de généraliser l'injonction de soin<sup>1860</sup> pour que celle-ci soit possible. Comment espérer le suivi d'un délinquant sans médecin ?

---

<sup>1857</sup> Sur les soins en détention, voir *infra* n° 517 s.

<sup>1858</sup> « Ce problème d'engorgement se présente d'abord pour les structures d'entrée dans le parcours de soins psychiatriques, les CMP et les CMPP. Le temps d'attente nécessaire à l'accès à une première consultation fait l'objet d'une critique unanime. Un délai de neuf mois a été indiqué pour les Bouches-du-Rhône s'agissant des CMP. Il pourrait s'élever à plus d'un an dans d'autres départements. La dernière étude sur les délais d'attente remonte à 2008. Il s'agit de chiffres issus des données « RAPSY 2008 » exploitées par la Drees. En 2008, dans 42 % des cas un délai d'attente d'une semaine à un mois s'écoulait avant une première consultation avec un médecin en CMP, dans 14 % des cas ce délai était de plus de 3 mois. Malgré l'absence de données plus récentes, il semble que le délai d'attente ait encore augmenté au cours des dernières années » (M. AMIEL, Rapport d'information du Sénat n° 494 du 4 avril 2017, fait au nom EL, fait au nom de la MI situation psychiatrie mineurs en France, p. 76) ; « il faut rappeler que presque partout le délai minimum pour une prise en charge en centre médico psychologique (CMP) est de six mois. Mais le plus souvent, c'est entre douze et dix-huit mois » (M. SALMONA - psychiatre, psychotraumatologue, présidente de l'association « Mémoire traumatique et victimologie » - Audition du 23 janvier 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.)

<sup>1859</sup> Sur réticence de certains CMP à prendre en charge les auteurs de violences sexuelles un rapport parlementaire affirme que « certains refusent le public estampillé "justice", d'autres exigent une lettre de motivation à des condamnés qui, par définition, ne sont pas demandeurs et, pour certains, incapables de les écrire. Les soignants vivent difficilement l'accueil de publics qui ne se cachent pas toujours d'une démarche purement opportuniste, de leur désintérêt pour une réelle démarche thérapeutique, ou qui n'adoptent pas le discours ou les attitudes attendues d'un "bon patient", censé manifester sa souffrance », J.-M. DELARUE et al., Rapport de la Commission d'audition relatif au auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge, 17 juin 2018, p. 65. Disponible sur : [http://www.ffcriavs.org/media/filer\\_public/01/2d/012d3270-9129-4689-8e79-ed456fd28ecf/rapport\\_du\\_17\\_juin\\_2018.pdf](http://www.ffcriavs.org/media/filer_public/01/2d/012d3270-9129-4689-8e79-ed456fd28ecf/rapport_du_17_juin_2018.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1860</sup> Sur la généralisation de l'injonction de soin, voir *supra* n° 166 s.

Toutefois, ce vide médical ne se limite toutefois pas aux professionnels formés en matière de délinquance sexuelle. Il atteint l'ensemble du territoire et des problématiques médicales. Cette pénurie dépasse le cadre pénal. Certaines régions sont de véritables déserts médicaux<sup>1861</sup>.

**522. Une réponse globale.** Face à une problématique générale, la réponse qui s'impose est également d'ordre général. Tout d'abord, il pourrait être intéressant de valoriser la formation des médecins et leur installation uniforme sur le territoire français. Dans cette optique, la loi du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé<sup>1862</sup> tend à faire face à ces réalités grâce à diverses réformes. À titre d'exemple, la loi adopte la suppression du *numerus clausus* et des épreuves de classification. Par ailleurs, l'article 5 de la loi étend le statut de médecin adjoint afin de cibler plus particulièrement les déserts médicaux. La loi soutient également la création d'un projet territorial de santé, favorisant une meilleure intégration des groupements hospitaliers sur le territoire et l'instauration d'une plateforme de données de santé. Si ces mesures ne visent pas directement les professionnels concernés par les délinquants sexuels, il n'en demeure pas moins qu'une amélioration générale de la cartographie actuelle pourrait s'avérer efficace sur les problématiques qui intéressent plus spécifiquement cette étude.

Néanmoins, toutes ces propositions d'ordre général ne sauraient être suffisantes. Les médecins ne s'intéressent pas nécessairement au droit pénal. Seule la vocation les conduit à se spécialiser. Or, face au peu d'attrait suscité par cette spécialisation, cette vocation ne suffit pas. Il est donc essentiel d'apporter une réponse localisée.

**523. Une réponse localisée.** À cette amélioration générale s'ajoute des possibilités propres à la situation des auteurs d'infractions sexuelles. En premier lieu, la valorisation, notamment financière<sup>1863</sup>, des médecins coordonnateurs s'avère être propice à leur accroissement. À la suite d'un arrêté de 2008, le nombre maximal de personnes suivies par médecin coordonnateur a augmenté de quinze à vingt et l'indemnité versée aux médecins coordonnateurs pour chaque

---

<sup>1861</sup> Pour une étude poussée de la démographie médicale voir notamment : [https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/external-package/analyse\\_etude/pie6yf/cnom\\_atlas\\_2018\\_synthese\\_activite\\_reguliere\\_0.pdf](https://www.conseil-national.medecin.fr/sites/default/files/external-package/analyse_etude/pie6yf/cnom_atlas_2018_synthese_activite_reguliere_0.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1862</sup> Loi n° 2019-774 du 24 juillet 2019 relative à l'organisation et à la transformation du système de santé, *JO* du 26 juillet 2019.

<sup>1863</sup> Arrêté du 24 janvier 2008 pris pour l'application des articles R. 3711-8 et R. 3711-11 du Code de la santé publique relatif aux médecins coordonnateurs, *JO* du 29 janvier 2008.

personne suivie, a été portée de 426,86 € à 700 € bruts par année civile<sup>1864</sup>. De même, selon l'article L. 3711-4 du Code de la santé publique, l'« État prend en charge les dépenses afférentes aux interventions des médecins coordonnateurs ». Toutefois, bien que cette évolution soit intéressante, elle se limite aux médecins coordonnateurs. Il pourrait être légitime d'étendre cette valorisation financière aux médecins et psychologues traitants. Toutefois, en raison des éternelles restrictions budgétaires, d'autres procédés peuvent être mis en place.

Concernant les praticiens traitants, la généralisation de leur savoir par l'immixtion d'une formation générale et obligatoire peut être proposée. Cette formation pourrait se faire à l'aide du CRIAVS et être délivrée dès la formation initiale, à tous les futurs praticiens. Le fait d'enseigner *ab initio* le suivi des personnes présentant une sexualité déviante et pénalement répréhensible permettrait de ne plus s'appuyer uniquement sur des initiatives de formations personnelles et ainsi espérer susciter certaines vocations. Une formation initiale conduirait à susciter un intérêt pour ce suivi et de rassurer les praticiens sur leur capacité à apporter une réponse satisfaisante. Par la suite, une formation continue donnerait lieu à la mise à jour nécessaire des connaissances au regard des évolutions régulièrement constatées dans ce domaine. De même, le développement des consultations à distance pourrait tout à fait se concevoir. Si ce procédé n'est sans doute pas le meilleur, l'expérience témoigne de sa faisabilité<sup>1865</sup>. Il permet d'apporter une réponse concrète tendant à palier le manque de professionnels dans certains départements. La télécommunication pourrait permettre aux auteurs d'infraction sexuelle de poursuivre leur suivi hors les murs de la prison. Ce n'est qu'à partir de ces éléments tendant à multiplier les professionnels compétents que le cadre du soin, propice à la libération de la parole, pourrait être amélioré.

En définitive, la première difficulté à laquelle se heurte le soin en milieu ouvert concerne les déserts médicaux. Comment généraliser le soin sans s'assurer de l'existence de médecins ? Loin de se limiter aux professionnels spécialisés dans le traitement des délinquants sexuels, ce constat est général. À ce titre, le législateur tente de trouver des solutions globales auxquelles pourraient s'ajouter des possibilités localisées telles qu'une valorisation financière de cette spécialisation, l'instauration d'une formation initiale obligatoire ou l'autorisation d'un suivi à distance.

---

<sup>1864</sup> Arrêté du 24 janvier 2008 pris pour l'application des articles R. 3711-8 et R. 3711-11 du Code de la santé publique relatif aux médecins coordonnateurs, *JO* du 29 janvier 2008.

<sup>1865</sup> L'épidémie de covid ayant débuté en 2020 a permis de développer la téléconsultation. Il semble que ce procédé fonctionne tout à fait, à la fois pour les patients et pour les praticiens.

## **B. La nature de la parole**

**524. La consistance de la parole.** La nature de la parole mérite également être interrogée. Conscient de l'importance des mots pour purger les maux, le législateur n'hésite parfois pas à contraindre la parole, à forcer son expression. Or, que peut-on espérer d'une parole soutirée (1) ? À l'inverse, la justice restaurative se présente comme le support d'une parole libérée, volontaire et cathartique, cette justice se veut participative. Elle mérite d'être donc valorisée (2).

### *1. La conservation de la parole opprimée*

**525. La parole au centre du soin.** Par l'usage du droit pénal, l'auteur d'infractions sexuelles peut être obligé ou fortement incité à parler<sup>1866</sup>. Le soin, au centre des mesures qui lui sont imposées, se matérialise essentiellement grâce à la libération de la parole. Si des traitements peuvent être prescrits, ces derniers sont avant tout issus d'une parole qui, à un moment, s'est libérée. Hormis les traitements cognitivo-comportementales, le choix de la psychanalyse ou des groupes de paroles impliquent le recours à la parole<sup>1867</sup>. La relation entre le corps médical et l'auteur d'infraction sexuelle nécessite l'usage des mots. Toutefois, dans le système pénal, la circulation des mots n'est que rarement le fruit d'une initiative personnelle. Aussi, doit-on admettre l'existence d'une parole opprimée ?

**526. Un recours forcé à la parole.** Selon le rapport de l'audition publique présidée par J.-M. DELARUE, 96% des auteurs d'infractions sexuelles acceptent de suivre des soins durant leur incarcération<sup>1868</sup>. Le rapport souligne également que dès la détention provisoire les soins sont sollicités par des personnes mises sous-main de justice, notamment afin de témoigner de leur détermination à s'engager dans un traitement en vue d'une réinsertion. Néanmoins, ce chiffre

---

<sup>1866</sup> Sur l'incitation et l'obligation de soin, voir *supra* n° 166 s. Voir également J.-P. VAUTHIER, *Le psychiatre et la sanction pénale*, Thèse, Université de Lorraine, 2013, p. 300 ; X. LAMEYRE, « Pour une éthique des soins pénalement obligés », *RSC* 2001, p. 521 s. ; P. MISTRETTA, « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *Revue internationale de droit pénal*, 2011, n° 82, p. 19 s., spéc. p. 23 ; X. PIN, « La participation consensuelle », in M. DANTI-JUAN (dir.), *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Cujas, 2006, p. 27 s. ; PH. SALVAGE, « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Droit pénal*, février 2010, n° 1, étude n° 3 ; PH. SALVAGE, « Les soins obligatoires en matière pénale », *JCP* 1997, I, 4062 ; D. VIRIOT-BARRIAL, « Consentement et injonction de soins », *RPDP* 2010, p. 293 s.

<sup>1867</sup> Voir *supra* n° 299 s.

<sup>1868</sup> J.-M. DELARUE et al., Rapport de la Commission d'audition relatif au auteurs de violences sexuelles : prévention, évaluation, prise en charge, préc. cit., p. 64.

peut s'avérer trompeur. En effet, une fois encore, la quantité ne témoigne pas de la qualité. Si autant de délinquants sollicitent des soins, nombreux sont ceux qui l'abordent de façon passive afin de faire bonne figure auprès des représentants de la justice. Impossible d'ignorer les effets d'un refus de se soigner sur leur potentielle libération<sup>1869</sup>. De la même façon, les individus condamnés à un suivi socio-judiciaire avec une injonction de soin ont tout intérêt à respecter cette modalité s'ils ne souhaitent pas être privés de liberté<sup>1870</sup>. Le consentement n'est qu'un leurre qui n'atteste en rien de la bonne volonté du délinquant, quand bien même, selon certains, celle-ci conditionnerait l'efficacité de ces soins. Les demandes peuvent devenir utilitaires et beaucoup d'entre elles perdent de leur sens<sup>1871</sup>. Elles ne sont pas orientées vers la thérapie, mais vers l'attente judiciaire. Le milieu médical semble, malgré lui, intégré dans le système pénal. Les médecins sont alors perçus comme les oreilles du juge et ne représentent plus les savants de confiance auxquels se livrent les patients. Comme le souligne E. CAILLAUD-RITTER les patients sont oubliés et les thérapeutes sont instrumentalisés par le droit pénal<sup>1872</sup>. La capacité des médecins à déterminer l'existence d'un individu à soigner est ignorée au profit d'un droit pénal souhaitant tout contrôler. Il ne fait aucun doute que la prolifération du recours au soin conduit inévitablement à délaisser une part de ceux qui en ont réellement besoin. Le manque de moyens et le manque de professionnels ne permet pas d'endiguer toute la maladie criminelle.

Beaucoup de rendez-vous se limitent à fournir un certificat permettant d'établir l'existence d'un suivi auprès des magistrats. E. CAILLAUD-RITTER, psychologue au sein des SMPR (Service Médicaux Psychologiques Régionaux) retranscrit dans un article certains courriers reçus, illustrant parfaitement la perception du soin par certains détenus :

« SMPR,

*Je vous par la car la justice a estimer que besoin suivi psychologique. Moi, que non, mais on doit toujours faire se que la justice ordonne alors va pour le suivi. J'espère une rapide et favorable de votre part... »<sup>1873</sup>.*

---

<sup>1869</sup> Voir *supra* n° 170.

<sup>1870</sup> Alinéa 2 de l'article 131-36-1 du Code pénal : « La décision de condamnation fixe également la durée maximum de l'emprisonnement encouru par le condamné en cas d'inobservation des obligations qui lui sont imposées. Cet emprisonnement ne peut excéder trois ans en cas de condamnation pour délit et sept ans en cas de condamnation pour crime. Les conditions dans lesquelles le juge de l'application des peines peut ordonner, en tout ou partie, l'exécution de l'emprisonnement sont fixées par le code de procédure pénale ».

<sup>1871</sup> R. PALARIC, *Cliniques des auteurs d'agressions sexuelles au carrefour des débats contemporains : analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique*, op. cit., p. 37 ; E. CAILLAUD-RITTER, « Psychothérapies sous contraintes », *L'information psychiatrique*, 2009, vol. 85, p. 715 s., spéc. p. 717.

<sup>1872</sup> E. CAILLAUD-RITTER, « Psychothérapies sous contraintes », art. préc., spéc. p. 718.

<sup>1873</sup> *Ibid*, spéc. p. 717.



**527. La conservation de la parole forcée.** Si, *a priori*, le recours forcé aux soins peut apparaître choquant, il est permis d'être, sur ce point, plus modéré. Le soin forcé n'est pas en lui-même à éliminer. Bien que l'origine soit contrainte, la personne placée sous-main de justice pourra tout à fait saisir cette opportunité pour avancer. Si la rencontre est forcée, il n'en demeure pas moins qu'elle existe. Aussi, il ne s'agit pas de remettre en cause cette sollicitation pressante de la justice à recourir aux soins. Comme le souligne R. PALARIC, « cette absence de demande véritable n'est pas toujours un frein à la prise en charge. Le caractère obligatoire est en effet l'une des modalités de la rencontre sans qui, parce qu'elle est médiatisée par le tiers judiciaire, elle ne pourrait avoir lieu »<sup>1874</sup>. Bien qu'un recours volontaire et individuel soit évidemment préférable, la contrainte peut permettre de dépasser les premières appréhensions et s'avérer bénéfique. Certes, nombreux entretiens demeureront utilitaires. Pour autant, cette contrainte pourra dans quelques cas susciter une rencontre fructueuse. La forte incitation aux soins apparaît justifiée à condition que des moyens existent pour l'endiguer.

**528. Une parole protégée.** De même, afin de limiter l'instrumentalisation du corps médical, il est impérieux d'encadrer strictement la porosité entre les acteurs de la Santé et ceux de la Justice. Si les professionnels de la Santé sont soucieux du respect du secret médical, certains craignent l'affaiblissement de la frontière. Actuellement, selon l'article L. 6141-5 du Code de la santé publique, lorsqu'il existe un risque sérieux pour la sécurité des personnes, le directeur de l'établissement doit en être averti par le personnel soignant, tout en garantissant le respect du secret médical. Or, les médecins soulignent un défaut de consensus sur les limites exigées<sup>1875</sup>. Préciser les contours de l'information permettrait de faciliter sa circulation, tout en limitant le risque de transformer la rencontre thérapeutique en rencontre utilitaire. Il est nécessaire que l'auteur d'infractions sexuelles ne perçoive pas le médecin comme l'un des bras armés de la justice, risquant de modifier son propos en espérant que ce dernier parvienne jusqu'au juge. À cet égard, établir un guide méthodologique comme le propose le rapport d'information du Sénat pourrait s'avérer très utile<sup>1876</sup>. Ce dernier reviendrait sur les différentes règles du partage d'information en milieu ouvert et en milieu fermé entre les membres du corps

---

<sup>1874</sup> R. PALARIC, *Cliniques des auteurs d'agressions sexuelles au carrefour des débats contemporains : analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique*, op. cit., p. 38.

<sup>1875</sup> Audition de la FFCRIAVS le 17 janvier 2019, (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1876</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 241.

judiciaire et médical afin d'établir et promouvoir un langage commun qui ne brimerait pas l'efficacité du traitement et ne biaiserait pas son recours.

Par conséquent, il est permis de douter de cette tendance qui attribue au domaine judiciaire le savoir et le pouvoir destiné à tracer les contours de la maladie. Si les médecins ont bel et bien raison de s'inquiéter de cette volonté à tout vouloir soigner, en dépit de la nécessité, il est essentiel de souligner l'intérêt de généraliser la parole en tant que vecteur de soin, notamment pour instaurer un cadre de sécurité et susciter l'empathie, parfois même par la contrainte.

## 2. *La promotion de la parole restaurative*

**529. La parole protégée par la justice restaurative.** Loin de la parole contrainte, la parole libérée s'est imposée au sein d'une nouvelle forme de justice, une justice participative : la justice restaurative<sup>1877</sup>. Sans être forcée, elle est le fruit d'un consentement sans pression extérieure. « Cette mesure ne peut intervenir qu'après que la victime et l'auteur de l'infraction ont reçu une information complète à son sujet et ont consenti expressément à y participer »<sup>1878</sup>. Elle demeure confidentielle<sup>1879</sup>. Elle participe à la réalisation d'un triple objectif : la resocialisation du condamné, la réparation globale de la victime, le rétablissement de la paix sociale. Une nouvelle fois, la parole est au centre du processus, présentée comme un outil de résilience et d'apaisement.

**530. Sur l'intérêt d'une rencontre interpersonnelle.** Après s'être immiscée dans le Code pénal en 2014<sup>1880</sup>, la justice restaurative doit désormais intégrer la réponse pénale de façon plus systématique. En effet, cette justice paraît répondre à la crainte qui anime toute la politique criminelle, particulièrement concernant les auteurs d'infractions sexuelles, la récidive. Cette forme de justice s'instaure dans une perspective de compréhension qui nous lie aux autres par-delà le conflit. Il s'agit d'une démarche active qui impose une rencontre interpersonnelle sous

---

<sup>1877</sup> Voir *supra* n° 316.

<sup>1878</sup> Alinéa 2 de l'article 10-1 du Code de procédure pénale.

<sup>1879</sup> Selon l'article 10-1 du Code de procédure pénale la mesure « est confidentielle, sauf accord contraire des parties et excepté les cas où un intérêt supérieur lié à la nécessité de prévenir ou de réprimer des infractions justifie que des informations relatives au déroulement de la mesure soient portées à la connaissance du procureur de la République ».

<sup>1880</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, *JO* du 17 août 2014.

l'arbitrage d'un tiers sensé accompagner les individus<sup>1881</sup>. La justice restaurative offre un espace extérieur au sein duquel l'échange entre un auteur d'infraction et une victime peut s'effectuer. Loin de la scène pénale traditionnelle, loin de la théâtralité du procès, la justice restaurative s'impose comme un lieu de discussion et non d'affrontement. « Elle refuse de réduire l'infracteur à l'acte commis, la victime aux blessures subies, la communauté aux fractures du lien social. Loin de tout réductionnisme, la Justice restaurative s'inscrit dans une approche globale et intégrée »<sup>1882</sup>. Au sein du tribunal correctionnel ou de la Cour d'assises, l'auteur de l'infraction tente de minimiser sa responsabilité ce qui est souvent perçu comme une négation du sort de la victime. À l'inverse, une rencontre restaurative a un objectif tout autre. Celle-ci a vocation à recréer un processus d'empathie. « À l'État la responsabilité du maintien de l'ordre public, à la justice restaurative celle du maintien de la paix sociale »<sup>1883</sup>.

Après avoir organisé des rencontres de groupe familial en Belgique, L. WALGRAVE souligne que « la plupart des délinquants ne sont pas indifférents devant la souffrance des victimes, même s'ils s'étaient cuirassés émotionnellement au début »<sup>1884</sup>. Selon F. DANET, expert psychiatre, l'empathie est le premier facteur de désistance car il engage l'infracteur sur le chemin de la réflexion<sup>1885</sup>. Des études mettent en exergue une réduction de la récidive comparativement aux résultats obtenus par le biais de la justice pénale traditionnelle<sup>1886</sup>. La parole se fait alors cathartique. À cet égard, ce procédé doit être valorisé dès que possible, indépendamment du stade de la procédure. Son usage ne saurait rester embryonnaire comme tel est le cas actuellement.

La seule condition à la mise en place d'une justice restaurative doit être la capacité pour l'auteur ou la victime de participer à une telle rencontre. Une étude consacrée aux bénéfices des cercles de soutien et de responsabilisation (CSR), l'une des formes de justice participative particulièrement destinée aux auteurs d'infractions sexuelles, a permis de comparer un groupe d'individus ayant suivi ce programme et un groupe d'individus témoin. Cette évaluation souligne que ceux qui ont participé à un CSR ont vu « leur taux de récidive sexuelle réduit de 70 % (5 contre 16,7 %), leur taux de récidive violente de toutes sortes (y compris la récidive

---

<sup>1881</sup> Voir *supra* p.

<sup>1882</sup> R. CARIO, *Justice restaurative : Principes et promesses*, L'Harmattan, 2<sup>ème</sup> édition, 2010, p. 35.

<sup>1883</sup> R. CARIO, « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal* 2007, p. 373 s.

<sup>1884</sup> Cité par J. LECOMTE, « Les multiples effets de la justice restauratrice », *Journal du droit des jeunes*, n° 334, 2014, p. 17 s., spéc. p. 21.

<sup>1885</sup> F. DANET, Colloque sur le droit pénal du mineur, Université Jean Moulin Lyon 3, 2016.

<sup>1886</sup> Études citées par M. CREMIERE, « Justice restauratrice : une voie trop ignorée », *Journal du droit des jeunes*, n° 334, 2014, p. 9 s.

sexuelle, 15 % contre 35 %) réduit de 57 % et leur taux de récidive générale (y compris la récidive violence et la récidive sexuelle, 28 % contre 43,4 %) réduit de 35 % »<sup>1887</sup>. Selon R. CARIO, « rien d'étonnant alors à ce que les libérés accompagnés reconnaissent que sans les CSR ils auraient connu des difficultés à se réintégrer socialement, d'où le risque d'un plus grand isolement, du recours à l'alcool ou aux drogues... avec sans doute une plus grande probabilité de récidive »<sup>1888</sup>. Ce même constat d'efficacité est fait par L. BENNARI, présidente de l'association l'Ange bleu qui propose également des cercles de parole<sup>1889</sup>.

La justice restaurative se trouve aux confins des intérêts. Ceux de la justice qui constate une meilleure compréhension de la part du délinquant avec une diminution de ces facteurs de désistance. Ceux du délinquant qui est humanisé dans un processus de discussion au sein duquel il n'est plus simplement réduit à son acte. Enfin, bien qu'« ériger les souffrances de la victime comme paradigme de la Justice restaurative constitue une grave erreur »<sup>1890</sup>, les avantages se répercutent nécessairement sur elle. Longtemps réduite à une volonté vengeresse, cette justice renouvelée permet d'offrir un lieu idoine à la victime et évite toute réduction du procès pénal à la souffrance. La justice participative redonne la parole à ceux qui souffrent en leur offrant un espace en adéquation avec leur qualité et leurs attentes<sup>1891</sup>. En effet, comme le souligne A. CAZALS « elle ne sera jamais au centre du procès, à moins d'un renversement des fondamentaux de celui-ci »<sup>1892</sup>, aussi la justice restaurative propose une place au sein de laquelle la victime fait partie intégrante du processus. Diverses études montrent que les victimes ayant participé à un programme de la sorte sont bien plus satisfaites que celles qui n'ont connu que la justice traditionnelle<sup>1893</sup>. Cette forme de justice est en mesure d'apporter une réparation émotionnelle dont on ne saurait nier la valeur. Cette possibilité s'inscrit donc dans la recherche d'une harmonie sociale retrouvée, d'un retour à la société humaine.

---

<sup>1887</sup> R. J. WILSON, J.E. PICHECA et M. PRINZO, *Cercles de soutien et de responsabilité : évaluation du projet pilote dans le Centre-sud ontarien*, Rapport de recherche, 2005, R-168, Service correctionnel du Canada.

<sup>1888</sup> R. CARIO, *Justice restaurative : Principes et promesses*, op. cit., p. 118.

<sup>1889</sup> L. BENNARI (Présidente de l'association L'Ange Bleu), Adition du 26 mars 2019 (Audition du 15 janvier 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1890</sup> R. CARIO, *Justice restaurative : Principes et promesses*, op. cit., p. 16.

<sup>1891</sup> Les témoignages publiés par France Victimes mettent en exergue l'apaisement ressenti par les victimes à l'issue d'une justice restaurative. Ceux-ci sont disponibles sur : <https://www.france-victimes.fr/index.php/categories-inavem/164-nos-engagements/justice-restaurative?layout=> (Dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1892</sup> A. CAZALS, « À la recherche de la vérité : l'office du juge », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 143 s., spéc. p. 143.

<sup>1893</sup> M. CREMIERE, « Justice restauratrice : une voie trop ignorée », art. préc., p. 9 s.

**531. Des possibilités de valorisation.** Malgré tout l'intérêt que peut manifester la justice restaurative, il est étonnant de constater qu'à l'heure actuelle, elle demeure une possibilité flottante et périlleuse<sup>1894</sup>. Peu de crédits lui sont apportés. Son existence est limitée malgré les tentatives pour l'intégrer au paysage juridique<sup>1895</sup>. Il semblerait que notre culture judiciaire ait du mal à concevoir l'émergence d'un tel procédé. Les professionnels sont réticents à proposer une mesure participative. Par ailleurs, les moyens mis en place par le ministère de la Justice s'avèrent résiduels. Pourtant, les travaux parlementaires ne cessent de réclamer la généralisation de cette réponse complémentaire<sup>1896</sup>.

Aussi, au regard de ses bénéficiaires, il est opportun de la systématiser, notamment grâce à l'aide de professionnels ou bénévoles spécialement formés<sup>1897</sup>. Certains travaux parlementaires mettent en exergue la nécessité de développer cette justice<sup>1898</sup>. Elle pourrait être systématiquement proposée à la victime dès que celle-ci se manifeste indépendamment des considérations processuelles. La prescription de l'action publique ou l'absence de preuves suffisantes ne doit pas faire échec à la possibilité de participer à un groupe de parole. De même, la présence du délinquant n'est pas une condition *sine qua non* à la réalisation de cette justice. Des cercles de discussion peuvent associer les « proches des intéressés, des représentants associatifs, voire les enquêteurs, afin de permettre une reconnaissance des actes par la société »<sup>1899</sup>. Il est tout à fait envisageable que ces discussions se déroulent sans la présence de l'auteur de l'infraction ou avec un auteur qui n'est pas celui ayant commis l'infraction subie par la victime. Les cercles de parole peuvent être constitués de divers auteurs et victimes qui ne sont pas concernés par la même affaire, mais peuvent évoquer ensemble l'impact de l'acte sur leur vie respective. Enfin, les auteurs d'infractions sont en mesure de se rencontrer dans un objectif de soutien, au même titre que les abstinentes.

---

<sup>1894</sup> TH. COUSTET, « Justice restaurative : un dispositif encore trop peu utilisé », *Dalloz actualité*, 12 juin 2019 ; M. MARTINELLE, « La victimologie, entre statut et sentiment : aspects juridiques », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 73 s., spéc. p. 81.

<sup>1895</sup> L'ordonnance du 11 septembre 2019, en adoptant le code de la justice pénale des mineurs renvoie expressément à l'article 10-1 du Code de procédure pénale (Article L. 13-4) ; Le décret du 21 décembre 2020 crée l'article D. 1-1-1 qui vient étendre la proposition d'une mesure de justice restaurative, à tous les stades de la procédure. Enfin, la dépêche du garde des Sceaux du 23 février 2021 rappelle que concernant les infractions sexuelles, un dispositif de justice restaurative peut être envisagé dès que les conditions sont réunies.

<sup>1896</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 215 s. ; M. MERCIER, Rapport d'information n° 289 (2017-2018) destiné à protéger les mineurs victimes d'infractions sexuelles, fait au nom de la commission des lois, déposé le 7 février 2018.

<sup>1897</sup> Voir *supra* n° 515 s.

<sup>1898</sup> Voir par exemple PH. BAS, Sénat n° 590 du 20 juin 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, p. 20 ; M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 215.

<sup>1899</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 216.

Pour que ces cercles de discussion soient effectifs, il apparaît essentiel de déterminer le cadre de leur existence. Pour ce faire, la généralisation des associations telles que l'Ange Bleu qui depuis plusieurs décennies mettent en présence des victimes et des auteurs ou des pédophiles abstinentes, pourrait s'avérer précieuse. Ces associations alliant professionnels et bénévoles permettraient de garantir un certain maillage sur le territoire français. Enfin, concernant le moment de la rencontre, l'étendue prévue par l'article 10-1 du Code de procédure pénale semble louable<sup>1900</sup> et mérite d'être conservée. En effet, peu importe le stade de la procédure, la justice restaurative a vocation à demeurer une mesure parallèle. S'inscrivant dans la confidentialité, cette justice fonctionne sur une démarche personnelle. Contrairement aux soins, fortement incités, la libération volontaire de la parole au sein de la justice restaurative doit être conservée.

En définitive, la parole se situe au centre de la réponse pénale propre au délinquant sexuel. Que celle-ci soit contrainte ou libre, elle n'en demeure par moins précieuse dans la prise en charge de l'individu. La notion de soin tend à se diriger vers cette logorrhée verbale et l'émergence d'une justice participative réaffirme l'importance de ce procédé.

**532. Conclusion Section 1.** L'appréhension des infractions sexuelles ne peut être traitée indépendamment du sort de leurs auteurs. Interroger la prise en charge des délinquants sexuels ou ceux voués à le devenir permet d'inscrire ce travail dans une perspective concrète d'amélioration. À cet égard, impossible de nier les diverses interventions du législateur. Nombreuses sont les armes créées pour, ou contre, les auteurs d'infractions sexuelles. Malheureusement, certains de ces outils demeurent inadaptés ou mal exploités. Convaincus de l'importance d'exprimer pour détecter, appréhender, limiter, soigner ou accompagner les auteurs d'infractions sexuelles, cet élément a permis d'interroger le parcours du délinquant sexuel.

Tout d'abord, la parole s'est présentée au stade de la prévention en tant que complément de la réponse pénale. Certes, quelques associations ont cerné l'intérêt de la libération de la parole *ante delictum*, néanmoins, celles-ci ne sont que trop rares. Il apparaît essentiel de développer au niveau national des outils permettant de délier les mots pour mieux prévenir les maux.

---

<sup>1900</sup> Selon cet article, « À l'occasion de toute procédure pénale et à tous les stades de la procédure, y compris lors de l'exécution de la peine, la victime et l'auteur d'une infraction, sous réserve que les faits aient été reconnus, peuvent se voir proposer une mesure de justice restaurative ».

Jusqu'à présent, cette démarche n'a conquis que le champ des victimes. Ce procédé doit être imité concernant les auteurs par la création d'un numéro d'appel et d'espace de parole, mais également par la généralisation des formations.

Par la suite, au sein de la réponse pénale, la parole manifeste la spécificité de cette délinquance, notamment à travers le soin qui lui est imposé et certaines formes de justice restaurative qui lui sont spécialement adressées. Toutefois, en milieu ouvert comme en milieu fermé, le cadre de l'expression n'était pas toujours satisfaisant. Propice à l'ostracisation et faisant face à la pénurie de professionnel, il fut proposé d'améliorer les contours de l'expression, car, que la parole soit contrainte comme dans le soin, ou proposée comme au sein de la justice restaurative, celle-ci doit être conservée et valorisée.

Alors que l'expression du délinquant, celle des magistrats ou des médecins se heurtent à de nombreuses parois il convient d'ajouter la voix de la victime, potentiellement étouffée dans la souffrance.

## **Section 2 – Les victimes d'infractions sexuelles, une parole à ménager**

**533. La victime, fondement de l'incrimination.** La victime est indéniablement au centre de l'infraction sexuelle. Elle est l'élément permettant de distinguer les incriminations fondées sur la protection de l'ordre public et celles qui prennent uniquement racine dans la protection de la morale. Dans un premier temps, il était nécessaire de recentrer les incriminations sexuelles autour de ses protagonistes. Une fois le Code pénal débarrassé des infractions sexuelles sans victime<sup>1901</sup>, il apparaît désormais inévitable de reconsidérer la place qui lui est faite. Si l'ensemble du droit pénal ne peut graviter autour de la victime sans risquer de se fourvoyer, il est toutefois opportun d'améliorer sa prise en charge. Souvent instrumentalisées pour justifier une pénalisation sans borne et des procédures dérogatoires, parfois oubliées au sein d'un système inadapté à leur souffrance, les victimes chancellent.

---

<sup>1901</sup> Voir *supra* n° 345 s.

**534. Vers l'amélioration de l'existant.** Étudier méthodiquement la prise en charge de la victime au long de la procédure pénale appert important en vue de parachever la libération du droit pénal. Que celle-ci soit mineure ou majeure, le législateur semble s'être engagé dans une prise en charge plurielle qu'il s'agira de mettre en valeur, tout en proposant des pistes de réflexion de nature à améliorer la richesse de ce qui préexiste.

Si avant tout exercice de l'action publique, la libération de la parole s'érige en élément décisif de la procédure pénale (§1), après les poursuites, la prise en charge des victimes d'infractions sexuelles mérite d'être réévaluée (§2).

### §1 – *Ante exsecutio*

**535. La parole, clef de voute de la connaissance.** L'intimité au sein de laquelle se déroule l'essentiel des violences sexuelles conduit à attribuer à la victime un rôle particulier. Dans de nombreux cas, la connaissance de l'infraction dépend de la libération de sa parole. Les poursuites en matière d'infractions sexuelles sont fréquemment tributaires de l'expression de la souffrance.

Cependant, les victimes d'infractions sexuelles se heurtent à de nombreuses parois sur le chemin de la procédure pénale. Après avoir dépassé la culpabilité, le secret ou une déformation de la réalité, vient le temps de briser le silence. Aucune de ces étapes n'est aisée à franchir. Toutes méritent d'être adoucies, clarifiées et perfectionnées. La sensibilisation doit être plurielle afin de s'adapter à la diversité des victimes et parvenir à une majorité d'individus, peu importe leur sexe, leur âge ou leur situation. Néanmoins, comment et jusqu'à quel point peut-on inciter la libération de la parole ? Tout doit-il être mis en œuvre pour dépasser le silence et briser le mutisme ? Des victimes majeures aux victimes mineures, le droit doit s'adapter. De l'incitation prolactique à la négation du silence, une étape est franchie. Si le choix des majeurs doit être respecté, la fragilité des plus jeunes doit au contraire être compensée. Ainsi, la parole des majeurs peut être attisée sans être brusquée (A), alors que celle des mineurs doit être incitée ou outrepassée (B).



## A. La parole des victimes majeures

**536. La responsabilisation des majeurs.** Lorsque vient le temps d'exprimer la souffrance, les doutes cèdent souvent le pas à la honte, à la crainte de ne pas être entendu ou celle de ranimer des blessures que l'on souhaitait refermer. L'existence d'un chiffre noir est incontestable en matière d'infractions sexuelles. De fait, il est primordial de sensibiliser les majeurs sur la possibilité de s'exprimer. L'incitation à l'expression doit être réaffirmée (1). Néanmoins, lorsque ces derniers font le choix du silence, nous refusons que celui-ci soit ignoré (2).

### 1. *Une parole à délier*

**537. La sensibilisation des majeurs.** Afin de briser le silence, de nombreuses campagnes de sensibilisation fleurissent autour de nous. À titre d'exemple, en 2015, le Collectif féministe contre le viol (CFCV) a diffusé des vidéos à la télévision et sur Internet en vue d'attirer l'attention sur violences sexuelles<sup>1902</sup>. Afin de lutter contre le harcèlement sexuel dans les transports, la Région Île-de-France, Île-de-France Mobilités, la RATP et SNCF Transilien ont également développé une campagne tendant à informer les victimes ou les témoins des possibilités d'actions<sup>1903</sup>. Par ailleurs, les réseaux sociaux font l'objet de mouvements de grande envergure qui permettent de rendre visible une communauté de victimes et diffuser certains dispositifs de sensibilisation très efficaces<sup>1904</sup>. Grâce à internet, des mouvements de libération se sont immiscés dans le paysage contemporain, comme le suggère la prolifération *#metoo*, *#meetoinceste* ou *#balancetonporc*. Progressivement, les victimes d'infractions sexuelles sont incitées à parler. Progressivement une lutte contre les habitudes silencieuses s'est engagée. Le ministère de la justice a créé un dépliant condensant un maximum d'informations utiles pour les victimes d'agressions sexuelles<sup>1905</sup>, dont il serait opportun d'élargir la diffusion, notamment en les disposant dans les lieux de privation de liberté, dans les hôpitaux et dans tous les endroits où peuvent se trouver des personnes vulnérables. Ces nombreuses campagnes sont bénéfiques

---

<sup>1902</sup> Campagne disponible sur : [https://www.youtube.com/watch?time\\_continue=27&v=yC0ytKdth5Y&feature=emb\\_logo](https://www.youtube.com/watch?time_continue=27&v=yC0ytKdth5Y&feature=emb_logo) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1903</sup> Campagne disponible sur <https://www.iledefrance-mobilites.fr/actualites/alertez-au-3117/> (dernière consultation le 31 janvier 2020).

<sup>1904</sup> Tel est le cas du consentement expliqué par la métaphore de la tasse de thé, disponible sur <https://www.youtube.com/watch?v=oQbei5JGiT8&feature=youtu.be> (dernière consultation le 31 août 2021)

<sup>1905</sup> Disponible sur [http://www.justice.gouv.fr/publication/fp\\_agressions\\_sexuelles.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/fp_agressions_sexuelles.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021)

et les actions, qu'elles soient privées ou publiques, sont à multiplier afin de briser le cercle de l'omerta. Le gouvernement doit faire œuvre de pédagogie. La sensibilisation des victimes majeures d'infractions sexuelles a sa place car le chiffre noir est encore bien trop présent.

En effet, malgré l'émergence de ces dispositifs, selon l'enquête « Cadre de vie et sécurité » de 2018, « en moyenne sur la période 2015-2017, 67 % des victimes déclarent qu'elles ne se sont pas déplacées dans un commissariat ou dans une gendarmerie. Le plus souvent, selon elles, parce que les faits ne sont pas assez graves ou bien parce que cela n'aurait servi à rien. Dans l'ensemble, 24 % des victimes ont déposé plainte et 6 % ont fait une déclaration de type main courante »<sup>1906</sup>. La sensibilisation des majeurs est une première étape à intégrer. Toutefois, se pose la question de dépasser le silence des majeurs victimes d'infractions sexuelles.

## 2. Un silence à respecter

**538. La nécessité de préserver le secret professionnel.** Contrairement aux mineurs<sup>1907</sup>, les professionnels de la santé ne peuvent *a priori* signaler la présence d'un majeur victime d'infraction sexuelle sans son consentement<sup>1908</sup>. Néanmoins, le secret professionnel a tendance à s'affaiblir sous l'effet de la panique pénale. La volonté de protéger les victimes conduit le législateur à s'interroger sur la teneur de ce secret. Tel fut notamment le cas concernant la dénonciation des violences conjugales<sup>1909</sup>. Convaincu par cette nécessité, le législateur a adopté la possibilité d'ignorer du secret professionnel médical lorsque celui-ci masque des violences conjugales si le médecin estime que la victime majeure se trouve sous l'emprise de leur auteur et qu'elle est en présence d'un danger immédiat<sup>1910</sup>. Dès que le professionnel de santé considère que ces conditions cumulatives sont remplies, il devra tenter d'obtenir l'accord de la victime, suite à quoi il l'informera de son signalement au procureur de la République<sup>1911</sup>. Face au nombre

---

<sup>1906</sup> Disponible sur <https://www.interieur.gouv.fr/Interstats/L-enquete-Cadre-de-vie-et-securite-CVS/Rapport-d-enquete-Cadre-de-vie-et-securite-2018> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1907</sup> Voir *infra* n° 544.

<sup>1908</sup> Article 226-14, 2° du Code pénal.

<sup>1909</sup> Proposition de loi n° 2478 du 3 décembre 2019 visant à protéger les victimes de violences conjugales ; sur le sujet voir notamment B. PY, « Le signalement des violences conjugales sans consentement : entre mots creux et mots funestes, le mieux est le mortel ennemi du bien », *RDS*, n° 94, 2020, p. 251 s. ; P. JANUEL, « Violences conjugales : les députés dans l'impasse de la loi », *Dalloz actualité*, 17 janvier 2020.

<sup>1910</sup> Il est important de souligner la difficulté d'apprécier objectivement ces deux conditions.

<sup>1911</sup> Article 226-14, 3° du Code pénal : « Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui porte à la connaissance du procureur de la République une information relative à des violences exercées au sein du couple relevant de l'article 132-80 du présent code, lorsqu'il estime en conscience que ces violences mettent la vie de la victime majeure en danger immédiat et que celle-ci n'est pas en mesure de se protéger en raison de la contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences. Le médecin ou le professionnel de santé doit

de victimes, l'opinion publique se crispe. Les messages dénonçant la réalité des violences *intra* familiales recouvrent peu à peu les murs des grandes villes<sup>1912</sup>. Saisi de la question, le législateur aménage donc les possibilités<sup>1913</sup> et adopte diverses mesures parmi lesquelles la disparition du secret professionnel médical.

Toutefois, la volonté de dépasser le mutisme en permettant la dénonciation des violences conjugales par les professionnels de la santé apparaît dangereuse car celle-ci s'inscrit dans une démarche tendant à affaiblir le serment d'Hippocrate au profit d'une efficacité discutable. En effet, le respect du silence est une condition *sine qua non* à la relation de confiance qu'entretient le médecin avec son patient. Ce secret partagé permet de se livrer sans crainte. Aussi, les professionnels médicaux y sont particulièrement attachés. Briser ce silence pourrait être extrêmement néfaste, notamment pour la victime. Si elle n'a pas la conviction que son état est protégé par le secret professionnel auquel son médecin est astreint, il est fortement à craindre qu'elle décide de ne plus s'y rendre. Une fois la relation de confiance brisée, la victime s'enfermera sans doute dans un isolement supplémentaire<sup>1914</sup>. De plus, au sein d'une relation sécurisante, le médecin pourrait tout à fait orienter la victime vers un dépôt de plainte ou diverses associations qui pourraient lui venir en aide. Le droit doit pouvoir inciter sans brusquer la libération de la parole et cet objectif n'est pas garanti par l'obligation faite au médecin de « s'efforcer d'obtenir l'accord de la victime majeure ». S'il est aisé de comprendre ce qui anime ces propositions certes paternalistes, mais essentiellement à visée protectrices, cette déresponsabilisation des individus peut être redoutée, notamment en raison du risque de contre-productivité d'une telle démarche.

Actuellement cette proposition est réservée aux discussions entourant les violences conjugales. Cependant, si une telle entorse au secret professionnel était faite, il est fort probable que les

---

s'efforcer d'obtenir l'accord de la victime majeure ; en cas d'impossibilité d'obtenir cet accord, il doit l'informer du signalement fait au procureur de la République ».

<sup>1912</sup> Le mouvement des « colleuses » a été initié par une Femen Marguerite Stern.

<sup>1913</sup> Loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille, *JO* du 29 décembre 2019 ; PH. BONFILS, « Le renforcement de la lutte contre les violences au sein de la famille Commentaire de la loi du 28 décembre 2019 », *Droit de la famille*, mars 2020, étude n° 10 ; A. DARSONVILLE, « loi du 28 décembre 2019 : une approche pluri-disciplinaire dans la lutte contre les violences au sein de la famille », *AJ Pénal* 2020, p. 60 s. ; C. DUPARC, « Contribution de la loi du 28 décembre 2019 à la lutte contre les violences au sein de la famille », *JCP G* n° 7-8, 17 février 2020, 187 ; M. NICOD, « Violence intra-familiales - Protéger et punir », *Droit de la famille* n° 11, novembre 2020, repère 10 ; J.-B. PERRIER et F. ROUSSEAU, « Renforcement de la lutte contre les violences familiales », *RSC* 2020, p. 426 s. ; L. SAENKO, « La loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille : une loi pour rien ? », *D.* 2020, p. 2000 s.

<sup>1914</sup> En ce sens voir B. PY, « Le secret professionnel et le signalement de la maltraitance sexuelle. L'option de conscience : un choix éthique », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 71 s., spéc. p. 78 s.

infractions sexuelles rejoignent rapidement le camp des infractions visées. Or, il convient de rejeter cette distorsion du corps médical au profit du corps judiciaire. D'autres démarches peuvent être mises en place pour favoriser la libération de la parole<sup>1915</sup>. Le médical ne saurait devenir le bras armé du judiciaire. Respecter le choix d'une victime majeure est nécessaire. S'il est envisageable de l'orienter vers une libération de ses maux, mieux vaut ne pas les contraindre. L'article 226-14, 3° du Code pénal dans sa nouvelle rédaction doit donc être supprimé.

En définitive, la première étape dans la prise en charge des victimes majeures consiste à libérer leur parole en favorisant la découverte de leur statut. Le développement des campagnes de sensibilisation est essentiel pour faire échec au chiffre noir encore beaucoup trop présent en la matière. Néanmoins, la lutte contre ces infractions ne permet pas tout. Les majeurs sont responsables de leur choix. S'il est essentiel de leur offrir un cadre propice à l'expression, il est inconcevable de parler à leur place. Le secret professionnel doit absolument être protégé. Les médecins ne sauraient être confondus avec les adjoints de la répression. La relation de confiance doit être préservée, le temps nécessaire à la libération de la souffrance doit être respecté.

## **B. La parole des mineurs victimes**

**539. L'accompagnement des mineurs.** Concernant les mineurs victimes d'infractions sexuelles, les difficultés rencontrées pour s'exprimer ne font aucun doute. Le silence des enfants est donc régulièrement compensé par d'autres outils déformés pour l'occasion telle que l'extension des délais de prescription de l'action publique. Dans une certaine mesure, cette démarche apparaît louable. Toutefois, poussé à l'extrême, ce procédé s'avère maladroit et inefficace. D'autres solutions peuvent être proposées *ante exsecutio* afin de favoriser la connaissance et la prise en charges des jeunes victimes. Au-delà d'une sensibilisation dès le plus jeune âge (1), lorsque le silence persiste, ce dernier doit être dépassé. Le signalement mérite donc d'être enrichi de quelques suggestions (2). Enfin, une fois la parole extériorisée, vient le temps de la protéger. Pour ce faire, des espaces peuvent être aménagés afin de devenir plus propices aux mineurs en souffrance (3).

---

<sup>1915</sup> Voir *infra* n° 505 s.

### 1. Une parole à éveiller

**540. La conscience d'un état.** La première étape en vue de libérer la parole consiste à permettre aux victimes de prendre conscience de leur état. Trop nombreuses sont les victimes qui s'ignorent ou celles qui n'osent se reconnaître en tant que telle. À ce titre, les mineurs victimes d'inceste peuvent éprouver des difficultés à remettre en question tout un système de croyances inculqué dès l'enfance. De même, les individus dans leur généralité peuvent peiner à arborer ce qualificatif tant la notion de consentement est difficile à mesurer et le processus pénal fastidieux à aborder surtout lorsque l'on est encore très jeune. La première étape vers une libération de la parole consiste donc à sensibiliser dès le plus jeune âge sur la possibilité à exprimer sa souffrance.

**541. Sensibiliser les plus jeunes.** Actuellement, certains dispositifs sont parsemés sur notre territoire, cernant parfaitement l'enjeu lié à la libération de la parole chez les plus jeunes. Ceux-ci doivent donc être soutenus et développés. À titre d'exemple, Bayard Presse, en collaboration avec le SNATED, a publié une petite brochure destinée aux enfants de 7 à 12 ans intitulée « stop aux violences sexuelles faites aux enfants » au sein de laquelle figurent plusieurs situations illustrées pour sensibiliser les enfants et leur permettre de se confier à un adulte. Le SNATED développe également des campagnes de prévention par le biais de supports vidéo, d'affiches ou plaquettes d'information<sup>1916</sup>. Il existe par ailleurs différents livres destinés à prévenir les violences sexuelles sous forme d'histoires en fonction des âges<sup>1917</sup>. De même, la Convention de Lanzarote du Conseil de l'Europe<sup>1918</sup> a initié une politique d'information, notamment par la création de ressources pédagogiques à destination des enfants<sup>1919</sup>.

---

<sup>1916</sup> En partenariat avec le ministère de l'Éducation nationale, le SNATED transmet tous les ans 120 000 affiches aux 65 000 établissements scolaires sur la question de la maltraitance des mineurs, voir notamment V. BLAINE (Directrice du Groupement d'intérêt public Enfance en danger) et A. GINDT-DUCROS (Directrice de l'Observatoire national de la protection de l'enfance), Audition du 15 janvier 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1917</sup> K. GÜETTLER, R. HELMSDAL et A. JONSDOTTIR, *Non ! dit Petit-Monstre*, Circonflexe, 2018 ; M.-F. BOTTE et P. LEMAITRE, *Qui s'y frotte s'y pique ! ou comment Mimi a appris à dire non*, L'Archipel, 1997 ; J. ROBERT, *Te laisse pas faire ! Les abus sexuels expliqués aux enfants*, L'Homme, 2014 ; P. BRUCKNER, J.-P. KERLOC'H et M. ITOÏZ, *Ça suffit les bisous !*, Glénat, 2016 ; T. LENAIN et S. POULIN, *Touche pas à mon corps, Tatie Jacotte !*, Les 400 Coups, 2020 ; D. SAULIERE et B. DESPRES, *Le petit livre pour dire non aux abus sexuels*, Bayard, 2017 ; E. PLANCHIN et G. SUZAN, *Zizettes*, Le Hêtre Myriadis, 2018 ; M. WABBES, *Petit Doux n'a pas peur*, La Martinière, 2015.

<sup>1918</sup> Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, 1<sup>er</sup> juillet 2010.

<sup>1919</sup> Pour les enfants de trois à sept ans, il existe un dessin animé intitulé « Kiko et la main » ; pour ceux de sept à douze ans, le dessin animé « Parle à quelqu'un de confiance » a été créé et enfin tutoriels et une brochure relative à l'ère du numérique ont été développés pour les parents.

En parallèle, afin de sensibiliser les plus jeunes, le Défenseur des droits propose des dispositifs intéressants. En effet, par le biais d'une équipe d'ambassadeurs constituée de cent deux volontaires en service civique, 62 000 enfants ont été rencontrés dans des écoles ou des centres de loisirs durant l'année scolaire 2017-2018. Grâce à ce programme, des liens de confiance ont pu être tissés, permettant aux ambassadeurs de signaler certaines situations inquiétantes au Défenseur des droits<sup>1920</sup>. Dans un rapport intitulé « De la naissance à six ans : au commencement des droits »<sup>1921</sup>, l'autorité administrative indépendante recommande la généralisation de campagnes nationales et locales en s'inspirant notamment de ce modèle. Il s'agit de propager le message selon lequel tous les enfants ont des droits et chacun d'eux doit être reconnu comme une personne à part entière<sup>1922</sup>. Par ailleurs, cette expérience démontre parfaitement qu'il n'est pas toujours nécessaire de faire appel à des professionnels de la petite enfance. Une fois formés, des bénévoles ou des personnes en service civique sont tout à fait en mesure de créer un lien de confiance avec des mineurs en vue de faciliter la libération de la parole.

**542. La valorisation de l'éducation sexuelle.** Au-delà de ces campagnes ponctuelles, la sensibilisation des enfants et adolescents doit nécessairement s'appuyer sur la mise en œuvre de l'éducation à la sexualité. Depuis la loi du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception<sup>1923</sup>, l'éducation à la sexualité est inscrite dans le Code de l'éducation<sup>1924</sup>. Trois séances annuelles doivent être dispensées dans les écoles, collèges et lycées. Pourtant, en 2016, un rapport du Haut Conseil de l'égalité y étant consacré estimait que : « l'application effective des obligations légales en matière d'éducation à la sexualité en milieu scolaire demeure encore parcellaire, inégale selon les territoires car dépendante des bonnes

---

<sup>1920</sup> Sur les signalements, voir *infra* n° 544 s.

<sup>1921</sup> Le Défenseur des droits, « De la naissance à six ans : au commencement des droits », Recommandation n° 1, 2018.

<sup>1922</sup> Document disponible [https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc\\_num.php?explnum\\_id=18097](https://juridique.defenseurdesdroits.fr/doc_num.php?explnum_id=18097) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1923</sup> Loi n° 2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception, *JO* du 7 juillet 2001.

<sup>1924</sup> Selon l'article L. 312-16 du Code de l'éducation : « Une information et une éducation à la sexualité sont dispensées dans les écoles, les collèges et les lycées à raison d'au moins trois séances annuelles et par groupes d'âge homogène. Ces séances présentent une vision égalitaire des relations entre les femmes et les hommes. Elles contribuent à l'apprentissage du respect dû au corps humain. Elles peuvent associer les personnels contribuant à la mission de santé scolaire et des personnels des établissements mentionnés au premier alinéa de l'article L. 2212-4 du Code de la santé publique ainsi que d'autres intervenants extérieurs conformément à l'article 9 du décret n° 85-924 du 30 août 1985 relatif aux établissements publics locaux d'enseignement. Des élèves formés par un organisme agréé par le ministère de la Santé peuvent également y être associés ».

volontés individuelles »<sup>1925</sup>. De plus, le contenu de ces séances demeure étroitement concentré sur quelques domaines, témoignant la nécessité de le repenser. Concernant les adolescents, les difficultés sanitaires sont priorisées. La sexualité est abordée sous le prisme de la prévention, des maladies sexuellement transmissibles, des interruptions volontaires de grossesse et de la contraception. Bien que cela soit nécessaire, la sexualité n'est envisagée que sous son angle problématique et s'avère être en décalage avec les attentes des adolescents. Par ailleurs, cet axe contribue à consolider le tabou autour de la sexualité et solidifie le silence qui l'entoure. Aussi, le Défenseur des droits recommande « que le guide du formateur soit profondément remanié dans le sens d'une approche globale de l'éducation à la sexualité en milieu scolaire et mette l'accent sur l'égalité entre les sexes, les orientations et les pratiques sexuelles et les identités de genre, ainsi que sur la lutte contre les stéréotypes de genre, les discriminations et les violences »<sup>1926</sup>. Ces heures d'éducation à la sexualité pourraient s'avérer propices à une plus grande information et à la sensibilisation des violences sexuelles. Cet aspect pourrait être abordé en renforçant l'estime de soi, tout en assurant une mise à mal des préjugés et un sacre du consentement, en rassurant les mineurs sur la possibilité de parler et d'être écoutés. Cela constituerait un levier intéressant en vue de délier la parole. Ce faisant, ces programmes permettraient aux enfants et adolescents de mettre des mots sur certaines déviances ou certaines agressions subies.

Faisant suite à ces recommandations, la circulaire 2018-111 du 12 septembre 2018 a confirmé que l'éducation à la sexualité devait correspondre « à une démarche éducative transversale et progressive, qui vise à favoriser l'estime de soi, le respect de soi et d'autrui, l'acceptation des différences, la compréhension et le respect de la loi et des droits humains, la responsabilité individuelle et collective, la construction de la personne et l'éducation du citoyen »<sup>1927</sup>. Cette précision est louable. Elle redonne à ce programme la valeur qu'il mérite, notamment dans un objectif de prévention et d'expression des violences sexuelles. Néanmoins, la réalité apparaît décevante. Nombreux sont les établissements au sein desquels l'éducation sexuelle n'est pas, ou très peu, abordée. Une nouvelle enquête mériterait d'être menée afin de connaître les effets concrets de cette circulaire. Une appréhension rénovée du contenu de l'éducation sexuelle

---

<sup>1925</sup> Rapport n° 2016-06-13-SAN-021 du HCE relatif à l'éducation à la sexualité. Répondre aux attentes des jeunes, construire une société d'égalité femmes/hommes, 13 juin 2016.

<sup>1926</sup> Le Défenseur des droits « Droits de l'enfant en 2017, au miroir de la Convention internationale des droits de l'enfant », 2017, p. 102 ; disponible sur : <https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/rae-2017.pdf> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1927</sup> Circulaire n° 2018-111 du 12 septembre 2018 relative à l'éducation à la sexualité dans la cadre des enseignements primaire et secondaire.

permettrait de rendre à ces quelques séances leur envergure, favorisant l'importance de la libération de la parole des mineurs et leur appréhension de la sexualité. Encore faut-il que ces quelques heures soient effectives. L'éducation à la sexualité doit donc être exploitée davantage et pour ce faire, il convient de s'assurer de son existence.

**543. La visibilité du numéro d'urgence.** Par ailleurs, en vue de favoriser la libération de la parole du mineur, la connaissance des numéros à appeler est essentiel. À cet égard, le 119 est assez largement affiché dans les établissements scolaires<sup>1928</sup>. Il permet de joindre le SNATED qui compte actuellement une cinquantaine de personnes, dont vingt-six écoutants qui assurent un service vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept, trois cent soixante cinq jours par an. Il est géré par le Groupement d'intérêt public « Enfance en danger » (Giped) et financé à parité par l'État et les conseils départementaux. Cette plateforme téléphonique doit être promue afin que chaque appel reçoive une réponse. L'enfant qui franchit l'étape de la parole doit pouvoir être entendu. Il n'est pas concevable que le mineur attende trop longtemps avant d'être mis en relation avec un professionnel, ni qu'on lui demande de rappeler plus tard au risque que l'enfant ne franchisse pas deux fois cette étape. Cependant, en 2018, le Giped a connu une première baisse de son financement. En 2019, un second affaîssement des crédits a été annoncé<sup>1929</sup>. Néanmoins, suite à la mobilisation de la Convention nationale des associations de protection de l'enfant, la ministre des Solidarités et de la Santé a annoncé le rétablissement de la dotation de l'État au niveau de celle attribuée en 2017<sup>1930</sup>. Ainsi, la fragilité de ce dispositif dont les crédits ne semblent pas assurés d'une année sur l'autre apparaît. Il s'avère pourtant essentiel de garantir la pérennité de cette plateforme. Les financements doivent être consolidés. Plus encore, l'extension du statut d'*écoutants* à des bénévoles spécialement formés pourraient s'avérer bénéfique en vue de garantir un taux de réponse maximale. Il est nécessaire que des moyens financiers et humains soient donnés au numéro 119 pour que sa mission continue d'exister. De même, les campagnes de sensibilisation doivent persister car le numéro est encore trop méconnu en dépit de son affichage au sein des établissements scolaires<sup>1931</sup>. Les séances

---

<sup>1928</sup> L. 226-8 du Code de l'action sociale et des familles : « L'affichage des coordonnées du service d'accueil téléphonique est obligatoire dans tous les établissements et services recevant de façon habituelle des mineurs ».

<sup>1929</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 47.

<sup>1930</sup> Communiqué de presse du 28 septembre 2018 de Michèle Berthy, présidente du Giped, [https://www.allo119.gouv.fr/sites/default/files/upload/content/actualites/cp-officiel\\_du\\_gip\\_enfance\\_en\\_danger.pdf](https://www.allo119.gouv.fr/sites/default/files/upload/content/actualites/cp-officiel_du_gip_enfance_en_danger.pdf)

<sup>1931</sup> L'association L'Enfant Bleu a réalisé une enquête de notoriété des associations de protection de l'enfance et du 119. À la question de savoir vers quelle association on peut se tourner en cas de constat de maltraitance d'un



d'éducation à la sexualité pourraient, une nouvelle fois, permettre une plus large diffusion du numéro.

Malheureusement, il arrive que le silence persiste. Alors, contrairement aux majeurs, le mutisme des mineurs ne doit pas demeurer, celui-ci doit, dans certains cas, pouvoir être dépassé. Si le secret professionnel s'est adapté au cas particulier des mineurs, certains éléments d'amélioration se dessinent.

## *2. Un silence à dépasser*

**544. Repérer les mineurs victimes**<sup>1932</sup>. En dépit des dispositifs de nature à délier la parole, les mineurs victimes d'infractions sexuelles ne sont pas toujours en mesure de déclencher la machine judiciaire de leur propre volonté. Leur vulnérabilité est alors compensée par la responsabilisation des adultes et notamment des professionnels. À cet égard, le signalement se présente comme un outil précieux qu'il s'agit de conserver et d'améliorer. Si la possibilité de signaler le cas d'un mineur victime relève du tout un chacun, les professionnels sont particulièrement concernés.

Savoir distinguer les situations inquiétantes doit être à la portée de tous. Comme le rappelle le docteur I. CHARTIER-SIBEN, « tout le monde doit être capable de reconnaître les signes évidents - du sang dans la culotte, la présence de sperme, d'hématomes à l'intérieur des cuisses - auxquels personne ne peut rester indifférent. D'autres signes sont moins évidents. On peut néanmoins les reconnaître par les changements dans les dessins de l'enfant, ou de la parole lorsque l'enfant s'exprime »<sup>1933</sup>. Il peut s'agir de gestes très sexualisés ou au contraire d'une pudeur excessive, d'un changement de comportements ou de nouvelles angoisses. Ces divers éléments sont accessibles à tout le monde, des parents aux professeurs des écoles, ou tout autre adulte qui fréquente le mineur.

---

enfant, seules 3 % des personnes interrogées ont répondu le 119 (Audition de l'association L'Enfant Bleu le mardi 26 mars 2019).

<sup>1932</sup> Voir notamment F. PERAIN, « Le signalement concernant les mineurs victimes d'infractions sexuelles », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 229 s.

<sup>1933</sup> I. CHARTIER-SIBEN (Présidente de l'association d'aide aux victimes C'est-à-dire), Audition du 24 janvier 2019, (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

Toutefois, certains professionnels sont particulièrement susceptibles de repérer les enfants victimes bien que la réalité laisse apparaître un manque crucial de formation. Tel est, par exemple, le cas des médecins. Selon le rapport d'information du Sénat, « à peine 5 % des signalements proviennent du secteur médical, ce qui paraît bien peu au regard de la position privilégiée qui est la leur pour repérer les signes de maltraitance »<sup>1934</sup>. En raison du manque de formation, les médecins ne sont pas toujours prêts à affronter cette réalité.

G. PICHEROT, pédiatre, membre du Conseil national de la protection de l'enfance (CNPE) et du comité d'experts du jeune public au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), affirme que « si l'on compare cela à la formation en matière de détection de la méningite bactérienne de l'enfant, c'est troublant. Que l'on me comprenne bien, il est très important que le médecin sache repérer une méningite bactérienne, mais le risque pour lui d'en rencontrer une est très faible. Il y a 400 cas par an en France ; cela est donc très inférieur au risque de rencontrer une situation de maltraitance, sexuelle ou autre, qui équivaut au risque de rencontrer une crise d'asthme dans sa patientèle »<sup>1935</sup>. Le parallèle est éloquent et alarmant. Il manifeste parfaitement la nécessité de prévoir des formations plus soutenues, intégrées dans le parcours initial des futurs médecins. Les professionnels médicaux doivent être formés pour détecter les situations à risque et connaître les démarches à suivre. Cela permettrait de lutter contre les signalements manqués en raison du doute. Selon G. PICHEROT, les heures de formation sont particulièrement pauvres, « même dans les CHU sensibilisés, comme celui de Nantes, cela représente moins de dix heures dans tout le cursus médical, même dans un cursus spécialisé comme la pédiatrie ». Manifestement insuffisante, la formation des médecins généralistes et des pédiatres s'impose pourtant car elle est l'une des conditions *sine qua non* à une meilleure réponse pénale. De fait, il conviendrait d'inscrire au sein de la formation initiale un nombre d'heures suffisamment conséquent pour permettre une détection des signes de violences sexuelles. Par la suite, une formation continue assurerait l'actualisation des connaissances des professionnels. Cette formation devrait également s'étendre à l'ensemble des spécialistes afin de faciliter la détection et le signalement des personnes victimes d'infractions sexuelles, particulièrement les mineurs<sup>1936</sup>.

---

<sup>1934</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 16.

<sup>1935</sup> G. PICHEROT (Pédiatre, membre du Conseil national de la protection de l'enfance et du comité d'experts du jeune public au Conseil supérieur de l'audiovisuel), Audition du 4 décembre 2018 ; (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1936</sup> En effet, les concernant, les médecins devraient signaler une situation à risque, sans pouvoir opposer le secret médical.

Hormis le corps médical, les professeurs des écoles et tous les professionnels voués à interagir régulièrement avec des mineurs devraient eux aussi être formés afin d'être en mesure de distinguer certains comportements alarmants. Former les professionnels en contact avec les mineurs apparaît comme étant la première étape à un signalement efficace. Néanmoins, celle-ci n'est pas la seule. D'autres procédés permettraient de renforcer le recours aux signalements. À cet égard, le cas des professionnels astreints au secret est éclairant.

**545. L'adaptation du secret professionnel.** La consistance du secret professionnel<sup>1937</sup> face au mineur victime s'avère particulièrement intéressante. Il s'agit d'un outil précieux pour dépasser le silence du mineur.

Tout d'abord, l'article 40 du Code de procédure pénale dispose que « toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République ». Néanmoins, cet article n'est que très peu contraignant puisque aucune peine ne vient sanctionner son non-respect. Cependant les articles 434-1 et suivants du Code pénal permettent d'affirmer cette obligation de dénonciation. En effet, l'article 434-1 du Code pénal punit de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende « le fait, pour quiconque ayant connaissance d'un crime dont il est encore possible de prévenir ou de limiter les effets, ou dont les auteurs sont susceptibles de commettre de nouveaux crimes qui pourraient être empêchés, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ». L'article 434-3 du Code pénal se concentre quant à lui sur les mineurs et les infractions sexuelles pour inclure certains délits comme les agressions et les atteintes sexuelles. Il punit des mêmes peines « le fait, pour quiconque ayant connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'agressions

---

<sup>1937</sup> Sur le secret professionnel voir notamment R. FLORIOT et R. COMBALDIEU, *Le secret professionnel*, Flammarion, 1973 ; M.-A. FRISON-ROCHE (dir.), *Secrets professionnels*, Autrement-Essais, 1999 ; R. OTTENHOFF, *Le secret professionnel*, Le Nouveau Mascaret, 1994 ; F. ALT-MAES, « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *RSC* 1998, p. 301 s. ; M. BENICHOU, « Le résistant déclin du secret », *Petites affiches* 20 juin 2001, n° 122, p. 3 ; Y. MAYAUD, « Des mauvais traitements sur mineurs de quinze ans et de leurs retombées, en termes de secours et de dénonciation, sur les professionnels de la santé et de l'assistance », *RSC* 1998, p. 320 s. ; C. ROCA, « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », *Petites affiches* 6 avril 2001, n° 69, p. 10 s.

Sur le secret médical, voir notamment B. PY, *Le secret professionnel*, L'Harmattan, 2005 ; M. CONTIS, *Secret médical et évolutions du système de santé*, Les études hospitalières, 2006 ; O. DECLERCK, *Le secret professionnel médical*, Thèse, Rennes I, 2000 ; D. THOUVENIN, *Le secret médical en droit français*, Thèse, Lyon, 1977 ; B. PY, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Secret professionnel, juin 2021 ; B. HOERNI et M. BENEZECH, *Le secret médical*, Masson, 1996 ; Ch. LIEVAUX, « Représentation sur les professionnels de santé auteurs de violences sexuelles : entre vérité et mensonges », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 55 s., spéc. p. 67 s.

ou atteintes sexuelles infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge, d'une maladie, d'une infirmité, d'une déficience physique ou psychique ou d'un état de grossesse, de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé. Lorsque le défaut d'information concerne une infraction mentionnée au premier alinéa commise sur un mineur de quinze ans, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende ». Afin de favoriser la dénonciation de tels faits, le point de départ du délai de prescription a été légitimement reporté à la majorité de la victime et les délais ont été malencontreusement étirés<sup>1938</sup>.

Cependant, concernant les personnes astreintes au secret professionnel, celles-ci sont *a priori* exclues du champ d'application de ces articles qui prévoient l'obligation de dénonciation. L'article 226-13 du Code pénal dispose que « la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende ». L'obligation de dénoncer semble donc se heurter au secret médical.

L'article 226-14 du Code pénal vient alors procéder à une certaine conciliation entre ces deux obligations contradictoires en permettant d'exclure la responsabilité pénale des personnes astreintes au secret dans certains cas, notamment pour celui qui informe « les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ». L'article précise que « lorsque la victime est un mineur ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ».

---

<sup>1938</sup> Sur la reprise de ce report de point de départ, voir *supra* n° 444 s. ; Sur la non dénonciation de faits commis sur personne vulnérable voir notamment Ph. CONTE, « Non-dénonciation de mauvais traitements infligés à une personne vulnérable », *Droit pénal*, Juin 2021, comm. 102 ; A. DARSONVILLE, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », *AJ Pénal* 2021, p. 257 s. ; E. DREYER, « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », *Gaz. Pal.* 2021, n° 421, p. 2 s. ; E. DREYER, « Aide-toi et l'archevêque t'aidera... », *D.* 2021, p. 937 s. ; A. MATSOPOULOU, « L'obligation de dénoncer n'est pas "éternelle !" », *JCP G* n° 22, mai 2021, 575 ; E. DREYER, « Dénonciation et droit pénal », Colloque, 26 mai 2021. Sur l'articulation entre la loi et la jurisprudence (Cass. crim. 14 avril 2021, n° 20-81196) voir A. DARSONVILLE, « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », art. préc.

Le Code pénal permet l'affaiblissement du secret et du silence lorsqu'il s'agit de mineurs. En effet, en raison de l'état de vulnérabilité et la difficulté pour un mineur de dénoncer de tels faits, tout adulte ayant connaissance de cette situation doit prendre cette responsabilité<sup>1939</sup>. Néanmoins, les professionnels n'ont pas une obligation de signalement. Il s'agit plutôt d'une permission<sup>1940</sup>. En effet, ils se retrouvent face à une option de conscience. Ils peuvent parler ou se taire. « Soit le professionnel garde le silence, respectant ainsi le secret et nul ne peut lui en faire le reproche car il obéit à la loi en général et à l'article 226-13 en particulier. Soit le professionnel décide de révéler, protégeant ainsi les intérêts d'une victime, et nul ne peut lui en faire le reproche car il obéit à l'article 226-14-1°. Autrement dit, se taire est licite, parler est licite : il peut choisir en conscience »<sup>1941</sup>. La seule limite se situe dans l'existence d'une personne en danger comme le dispose l'article 223-6 du Code pénal. Selon cet article « quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire, est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». À la lumière de cet article, à partir de l'instant où il existe le risque qu'une infraction soit commise, le respect du secret médical n'aurait plus lieu d'être.

---

<sup>1939</sup> Concernant les mineurs, la DACG a élaboré en septembre 2015 un « Guide relatif à la prise en charge des mineurs victimes » (Disponible sur [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/guide\\_enfants\\_victimes.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/guide_enfants_victimes.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021)). Au sein de ce document, la DACG affirme qu'il existe une obligation de dénoncer, y compris pour les dépositaires d'un secret professionnel, au nom de l'article 223-6 du Code pénal. Cet article dispose que : « quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne, s'abstient volontairement de le faire, est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours ». À la lumière de cet article, à partir de l'instant où il existe le risque qu'une infraction soit commise, le respect du secret médical n'aurait plus lieu d'être. Présenté dans un guide relatif à la prise en charge des mineurs, cette interprétation interroge.

Tout d'abord, cet article ne se limite pas aux mineurs. Les professionnels auraient-ils l'obligation de dénoncer toutes atteintes à l'intégrité physique dès lors que celles-ci peuvent se réitérer ? Cette interprétation semble très hasardeuse au regard des règles relatives aux majeurs prévus à l'article 226-14 du Code pénal. De plus, elle contredit l'article 226-14 qui limite le signalement des majeurs à leur consentement hormis le cas des victimes des violences conjugales lorsqu'il existe un danger immédiat et que la victime n'est pas « en mesure de se protéger en raison de la contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences ». Il apparaît que l'exploitation de cet article dépasse largement sa *ratio legis*. Aussi, il est fortement permis de douter que le législateur souhaitait faire échec au secret médical grâce à l'article 223-6 du Code pénal. Rien n'est précisé à ce sujet, aucun renvoi n'existe. Enfin, la règle posée à l'article 223-6 du Code pénal est juridiquement de même valeur que celle relative au secret professionnel figurant à l'article 226-13 du même Code. Comment soutenir que l'une prime sur l'autre ? Cette interprétation déforme la non assistance à personne en danger. L'article est instrumentalisé pour répondre à un besoin sans considération pour la nature même de cette infraction.

<sup>1940</sup> F. ALT-MAES, « Un exemple de dépenalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », art. préc., spéc. p. 304.

<sup>1941</sup> B. PY, « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ Pénal* 2004, p. 133 s., spéc. p. 139.

Toutefois, le médecin n'a pas nécessairement le pouvoir de prédire l'avenir. Les faits qui lui parviennent sont souvent anciens, le danger est passé. Partant, les signalements se heurtent régulièrement à l'option de conscience, alimentée par diverses craintes qui malmènent l'effectivité du signalement.

**546. Supprimer l'option de conscience pour les mineurs de treize ans.** La première solution qui semble s'imposer consiste à supprimer l'option de conscience pour certains cas particuliers. Le Sénat avait déjà adopté un amendement visant à instaurer une obligation de signalement à la charge des médecins lorsque ces derniers suspectent des violences physiques, psychologiques ou sexuelles sur mineur<sup>1942</sup>. Toutefois, cette disposition n'avait pas été reprise dans le texte définitif relatif aux violences sexuelles et sexistes notamment en raison des maladresses rédactionnelles. En effet, le texte ne visait qu'un signalement au procureur de la République, ignorant ainsi la CRIP. Enfin, le texte ne concernait que les médecins et non l'ensemble des professionnels de santé. Aussi, prenant acte de ces diverses critiques, le nouvel article 226-14 du Code pénal pourrait être ainsi rédigé :

*« La loi impose la révélation du secret aux autorités judiciaires, médicales, administratives ou à la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger :*

*1° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui a connaissance de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, ayant été infligées à un mineur de treize ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;*

*2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui a connaissance de sévices ou de privation, sur le plan physique ou psychique, qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises à un majeur, dès lors que ce dernier donne son accord pour la révélation du secret. Lorsque la victime est un mineur de treize ans ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire<sup>1943</sup> ;*

---

<sup>1942</sup> Compte rendu intégral des débats en séance publique, Sénat du 5 juillet 2018.

<sup>1943</sup> L'obligation de signalement serait supprimée concernant les majeures victimes, voir *supra* n° 538 s.

3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.

*Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi ».*

La nouvelle rédaction de cet article ferait état de termes plus clairs et directs afin d'éviter certaines hésitations de la part des professionnels concernant l'exercice de leur option de conscience. Il permettrait de clarifier l'obligation de la révélation du secret concernant les mineurs de treize en supprimant l'option de conscience au profit d'une obligation de signalement. Ce seuil d'âge permet une nouvelle fois de protéger les plus vulnérables tout en reconnaissant la capacité de choisir pour les mineurs plus âgés<sup>1944</sup>. Quoi qu'il en soit, lorsque le mineur aura plus de treize ans, le médecin aura la possibilité d'exercer son option de conscience en fonction des risques de réitération ou de récurrence et de la maturité de son patient. Néanmoins, cette obligation ne peut constituer à elle seule l'unique biais d'amélioration.

**547. L'obligation de nommer un référent en protection de l'enfance.** Nombreuses sont les raisons permettant d'expliquer les réticences des professionnels lorsqu'il s'agit de dénoncer des faits inquiétants. Parmi elles se trouvent la crainte de se tromper, la crainte de briser la confiance de la famille et la méconnaissance du dispositif pénal et de ses conséquences. Outre le renforcement des formations, la désignation d'un référent en protection de l'enfance dans chaque établissement hospitalier et dans chaque conseil départemental pourrait être idéale pour fluidifier la transmission des informations. Les hésitations relatives aux signalements sont généralement dues à l'ignorance qui entoure le circuit pénal. Le référent pourrait informer les professionnels sur la procédure pénale et leur expliquer les suites potentielles du signalement.

Par ailleurs, certains professionnels déplorent l'absence d'informations concernant les suites données aux signalements. Le rapport d'information du Sénat propose donc d'« informer la personne ayant saisi le CRIP des suites qui ont été données au traitement de son signalement,

---

<sup>1944</sup> Ce seuil d'âge a également été repris concernant les infractions sexuelles, voir *supra* n° 413 s.

sauf si cette information est contraire à l'intérêt de l'enfant »<sup>1945</sup>. Pour autant, il apparaît délicat d'imposer un tel retour auprès de chaque personne à l'origine de la dénonciation, notamment en raison du nombre de signalements effectués<sup>1946</sup>. La désignation d'un référent en protection de l'enfance au sein de chaque département permettrait de centraliser ces retours et les tenir à disposition de ceux qui sont à l'initiative de ces signalements.

La loi du 14 mars 2016<sup>1947</sup> a prévu la désignation, dans chaque département d'un médecin référent en protection de l'enfance, chargé justement de coordonner l'action des professionnels et de la CRIP. Pourtant, selon le Défenseur des droits, en mai 2018, seuls 56% des départements ayant répondu à l'enquête étaient dotés d'un référent<sup>1948</sup>. Il est donc essentiel d'imposer cette désignation en la rendant obligatoire par décret afin que les règles relatives au signalement circulent aisément et que les réticences tombent enfin. Cette désignation faciliterait nécessairement l'élaboration d'un système efficace, dès l'origine.

### 3. Une parole à accueillir

**548. Une marge de perfectionnement envisageable.** Une fois la parole libérée ou le silence dépassé, la dernière étape avant le potentiel exercice de l'action publique consiste à protéger le mineur et la fragilité de ses déclarations. Nombreuses sont les précautions développées pour accueillir la parole des majeurs victimes d'infractions sexuelles. En effet, depuis la fin du mois de novembre 2018, il existe une plateforme en ligne destinée au signalement des violences sexuelles et sexistes<sup>1949</sup>. De même, la loi du 23 mars 2019 a permis le développement de la

---

<sup>1945</sup> Proposition n° 7 ; informer la personne ayant saisi la CRIP des suites qui ont été données au traitement de son signalement, sauf si cette information est contraire à l'intérêt de l'enfant (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 5).

<sup>1946</sup> Les signalements effectués auprès des CRIP sont en hausse : la directrice du Giped a indiqué à la mission que le nombre d'informations préoccupantes avait augmenté de 40 % sur la durée de la campagne lancée en 2017 à l'occasion du plan de lutte contre les violences faites aux enfants ; V. BLAIN (Directrice du Groupement d'intérêt public Enfance en danger), Audition du 15 janvier 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1947</sup> Loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, JO du 15 mars 2016.

<sup>1948</sup> Avis du Défenseur des droits n°19-03, 23 janvier 2018, p. 11.

<sup>1949</sup> Cette plateforme est accessible sur le site [signalement-violences-sexuelles-sexistes.gouv.fr](http://signalement-violences-sexuelles-sexistes.gouv.fr). Il s'agit d'une plateforme sous forme de tchat en ligne permettant de mettre en relation la personne, victime ou témoin, avec un policier ou un gendarme spécialement formé aux violences sexuelles et conjugales. Trente-six policiers et gendarmes permettent d'assurer l'accessibilité de la plateforme tous les jours, 24 heures sur 24 heures. La personne n'est pas contrainte de dévoiler son identité. La conversation anonyme facilite la libération de la parole afin que la victime franchisse une première étape. Alors, le professionnel peut orienter les individus vers un dépôt de plainte ou un interlocuteur adapté, pour une prise en charge psychologique ou sociale. Cette plateforme est une véritable évolution. Elle permet de respecter les différentes étapes de la libération de la parole. Il conviendrait donc d'accompagner cette plateforme de campagnes de sensibilisation efficaces afin de la promouvoir.



plainte en ligne<sup>1950</sup>. Aussi, les difficultés inhérentes aux victimes d'infractions sexuelles ont été entendues et diverses mesures visent à les atténuer<sup>1951</sup>. Toutefois le cas particulier des victimes mineures nécessite d'être appréhendé plus spécifiquement. Pour que la souffrance des plus jeunes soit comprise, les espaces doivent être adaptés. Les concernant, différentes possibilités sont d'ores et déjà offertes. Certains dispositifs ont su s'imposer dans notre procédure pénale actuelle tel que l'enregistrement audiovisuel des auditions<sup>1952</sup>. Néanmoins, une marge de perfectionnement se dessine à travers la création ou la multiplication de salles ou d'espaces adaptés, propices aux mineurs en souffrance.

**549. Généralisation des salles adaptées.** En effet, l'accueil de la parole du mineur s'est enrichi des « Salles Mélanie ». Il s'agit d'un espace spécialement prévu pour les mineurs, de nature à recréer un environnement sécurisant. On y trouve des peluches, des jouets, de quoi dessiner... Installées dans les locaux des services d'enquête, ces salles sont filmées et facilitent la libération de la parole de l'enfant victime. Malheureusement, ces dernières ne sont qu'au nombre d'une cinquantaine sur le territoire national. De plus, certains enquêteurs estiment que le temps de retranscription est particulièrement long et fastidieux. S'il ne semble pas possible

---

<sup>1950</sup> Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, *JO* du 24 mars 2019.

<sup>1951</sup> Par ailleurs, la réalité du dépôt de plainte pour violences sexuelles dans un service d'enquête n'est pas toujours évidente. Ainsi, la loi du 17 août 2015 a fait évoluer la prise en charge des victimes à travers l'article 10-5 du Code de procédure pénale qui dispose notamment que « Dès que possible, les victimes font l'objet d'une évaluation personnalisée, afin de déterminer si elles ont besoin de mesures spécifiques de protection au cours de la procédure pénale ». Ces mesures ont été précisées par un décret du 26 février 2016 (Décret n° 2016-214 du 26 février 2016 relatif aux droits des victimes, *JO* du 28 février 2016) et certaines d'entre elles concernent spécifiquement les infractions sexuelles. L'audition de la victime en cas de violences sexuelles, de violences fondées sur le genre ou de violences domestiques, est réalisée par un enquêteur du même sexe si la victime en fait la demande (Article D. 1<sup>er</sup> – 6 du Code de procédure pénale), en fonction de l'évaluation personnalisée, l'audition de la victime a lieu dans des locaux conçus ou adaptés à cet effet. De même, lorsque l'infraction concerne des violences sexuelles, l'audition de la victime est réalisée par des enquêteurs formés à cet effet ou avec l'aide de ceux-ci et si l'évaluation personnalisée en souligne l'intérêt, chaque audition de la victime est réalisée par les mêmes enquêteurs (Article D. 1<sup>er</sup> – 7 du Code de procédure pénale) pour instaurer un lien de confiance et éviter les redites. Cette évolution est louable bien que la réalité soit parfois en deçà des espérances.

<sup>1952</sup> Ainsi, l'écoute de l'enfant par les services d'enquête a indéniablement évolué. L'introduction de l'enregistrement audiovisuel a permis de réduire le nombre d'auditions, de limiter leur durée et de porter davantage d'intérêt à la gestuelle de l'enfant, abondamment décrite dans les procès verbaux, à la différence des majeurs. L'article 706-52 du Code de procédure pénale impose de procéder à l'enregistrement audiovisuel de l'audition du mineur victime de l'une des infractions visées à l'article 706-47 du même Code. L'enregistrement vidéo a permis de prendre en compte la difficulté inhérente à la situation. L'enfant n'est plus contraint de revenir sans cesse sur les actes subis. L'enregistrement permet d'assurer la pérennité de sa parole. Toutefois, le temps de l'enquête doit être pris en compte. Confrontés à la procédure, l'enfant et sa parole peuvent évoluer. Aussi, les enquêteurs ne sauraient se soustraire à l'obligation de réécouter le mineur s'ils estiment cela nécessaire. Quoi qu'il en soit, l'enregistrement systématique issu de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (Loi n° 2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale, *JO* du 6 mars 2007) mérite d'être souligné en ce qu'il favorise l'accueil de la parole.

de faire l’impasse sur ce travail de retranscription<sup>1953</sup>, il ne saurait faire échec à la généralisation de ces espaces de paroles. En l’absence de ces salles, le mineur peut ressentir un sentiment d’insécurité. Le bruit du clavier peut s’avérer anxiogène et altérer la discussion. Les salles Mélanie ont fait leurs preuves et devraient à présent parsemer le territoire. Lorsque l’établissement n’en possède pas, des recommandations peuvent être faites. Par exemple, si l’enfant est filmé, il semble opportun de ne pas effectuer une retranscription en direct des mots de l’enfant afin de ne pas compromettre sa parole. De même, les enquêteurs doivent éviter de porter des signes ostentatoires de leurs fonctions de nature à impressionner le mineur victime. Ces éléments sont des exigences minimales pour éviter d’aggraver le traumatisme préexistant et briser l’authenticité et la spontanéité de leur discours<sup>1954</sup>.

**550. Prolifération des espaces adaptés.** Les mineurs peuvent également être accueillis au sein des unités médico-judiciaire (UJM)<sup>1955</sup> et plus particulièrement dans les unités d’accueil médico-judiciaire pédiatrique (UAMJ)<sup>1956</sup>. Ces centres se situent dans les établissements de santé et permettent un accompagnement pluridisciplinaire : « les enquêteurs peuvent procéder à leur audition ; elles sont examinées par un médecin légiste, ce qui garantit une plus grande technicité et augmente la probabilité de recueillir des preuves médico-légales ; un psychologue, financé par l’assurance maladie, apporte une aide psychologique ; les services sociaux sont présents, ainsi que les associations d’aide aux victimes, qui peuvent jouer un rôle essentiel pour accompagner le mineur et sa famille tout au long de la procédure judiciaire »<sup>1957</sup>. Ces espaces s’inspirent du *Barnahus*, répandu dans les pays scandinaves ou du *Children Advocacy Center* présents aux États-Unis. Littéralement « Maison des enfants », le *Barnahus* propose un suivi pluridisciplinaire afin de répondre aux besoins des jeunes victimes. Il accueille des enfants et adolescents dans l’optique de permettre le bon fonctionnement de l’enquête sans susciter de

---

<sup>1953</sup> Des logiciels de dicté vocale se perfectionnent. Peut-être que ces derniers s’imposeront au sein des gendarmeries et commissariats. Cela avait d’ailleurs été évoqué lors des chantiers de la justice pénale en 2018.

<sup>1954</sup> Sur le sujet voir notamment M. CREMIERE, « L’audition de l’enfant victime », *Association jeunesse et droit*, 2013, n° 327, p. 40 s.

<sup>1955</sup> Entendue devant la délégation aux droits des femmes le 7 juin 2020, maître C. DURRIEU-DIEBOLT a vanté « la généralisation de l’accès aux unités médico-judiciaires (UMJ) indépendamment du dépôt de plainte pour éviter la déperdition de preuves défavorable à la victime ».

<sup>1956</sup> Voir notamment B. PESKINE, « Considérer la parole de l’enfant - à propos de l’étude de l’ONED sur les unités d’accueil médico-judiciaires (UAMJ) », *Journal du droit des jeunes*, 2014, n° 336, p. 36 s. ; C. FOURCADE, « Considérer la parole de l’enfant - étude des Unités d’accueil Médico Judiciaire, ONED, mai 2014, disponible sur [https://www.fondation-enfance.org/wp-content/uploads/2016/10/onpe\\_considerer\\_parole\\_enfant\\_victime\\_etude\\_UAMJ.pdf](https://www.fondation-enfance.org/wp-content/uploads/2016/10/onpe_considerer_parole_enfant_victime_etude_UAMJ.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1957</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d’information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 42.

phénomène de *sur victimisation*. Il s'agit de recueillir des éléments de preuve en vue d'un procès, tout en amorçant la prise en charge thérapeutique de la victime. Malheureusement, le recours aux UAMJ n'est pas automatique. Le rôle de pilotage dévolu au parquet ne conduit pas à un usage harmonisé. À ce titre, il est tout à fait envisageable de recourir à une uniformisation des pratiques grâce à une circulaire de politique criminelle. Le recours aux UAMJ doit être priorisé. Aussi, en s'inspirant des expériences étrangères, il conviendrait d'en créer de nouvelles, attenantes aux services de pédiatrie. Ces centres sont des lieux privilégiés pour le recueil de la parole de l'enfant. À cet égard, il serait satisfaisant que chaque département soit doté d'une UMJ et d'une UAMJ ou, *a minima*, d'une salle Mélanie.

Il ne fait aucun doute que ces recommandations impliquent un certain investissement. En effet, les UAMJ sont particulièrement coûteuses car celles-ci se plient aux besoins des mineurs en multipliant les intervenants. Il serait opportun qu'un minimum soit assuré avec la présence d'une salle Mélanie par département, tout en soulignant l'intérêt de développer les UAMJ dont les bénéficiaires pourraient aisément se ressentir à long terme par l'appréhension rapide et complète des traumatismes<sup>1958</sup>.

En définitif, la parole du mineur nécessite d'être accompagnée. La vulnérabilité des mineurs et la facilité à les contraindre au silence induit l'importance d'une sensibilisation renforcée. Il est essentiel que les plus jeunes se sachent victimes et soient en mesure de l'exprimer. Aussi, la généralisation des campagnes de sensibilisation et la valorisation de l'éducation sexuelle permettraient de libérer les maux des mineurs victimes. De même, le financement du SNATED doit être assuré car il s'agit d'un premier interlocuteur propice à la libération. D'autre part, lorsque le silence s'installe, le législateur semble avoir cerné l'intérêt de le dépasser, notamment grâce à la flexion du secret professionnel face aux mineurs en détresse. Afin de parfaire ce procédé, il est permis de limiter l'option de conscience en remplaçant le choix par une obligation de signalement lorsqu'il s'agit d'un mineur de treize ans. De même, la désignation

---

<sup>1958</sup> Voir *infra* p. 553 s. Par ailleurs, si des salles ou des espaces peuvent être mis en place, l'efficacité de ces derniers reste conditionnée aux différents intervenants. Actuellement, une spécialisation des enquêteurs est proposée avec des actions de formation et de professionnalisation mises en place par les services de la Direction générale de la gendarmerie nationale (DGGN) et de la Direction générale de la police nationale (DGPN). Ces formations sont une première étape essentielle dans l'accueil de la parole de la victime. Elles durent vingt-neuf jours et portent sur les aspects psychologiques et techniques de l'audition d'un mineur. Elles comportent également des fiches métiers.

Plus loin dans la chaîne pénale interviennent les magistrats. L'École nationale de la magistrature (ENM), conduit des actions de formation importantes dans le cadre de la formation initiale, tout comme en matière de formation continue. Qu'il s'agisse des violences sexuelles dans leur ensemble ou des techniques de recueil de la parole de l'enfant, ces différents aspects sont abordés.

contrainte par décret d'un interlocuteur unique au sein des hôpitaux et des conseils départementaux s'avère profitable. Ce dernier permettrait d'informer les professionnels sur la procédure pénale qui pourrait être mise en place à lui suite de leur signalement. Enfin, lorsque la parole est révélée, la généralisation des espaces adaptés aux mineurs devrait permettre de la protéger et d'accompagner l'enfant souffrant.

## §2 – *Post exsecutio*

**551. Le temps pour embuche.** Le parcours pénal est, sans aucun doute, un chemin sinueux pour les victimes. L'expression de la souffrance n'est qu'une première étape. Entre l'extériorisation et la condamnation, le temps peut sembler long. Installée sur une place vacillante<sup>1959</sup>, les victimes d'infractions sexuelles peuvent souffrir du flottement engendré par la durée de la procédure pénale. Face au temps de la justice, la prise en charge des victimes s'avère parcellaire.

À ce titre, deux éléments méritent d'être abordés afin de lutter contre la vacuité de l'attente. La prise en charge économique des victimes d'infractions sexuelles (**B**) doit s'ajouter à une charge médicale et psychologique (**A**).

### **A. Une prise en charge médicale et psychologique**

**552. Un temp mis à profit.** Si le plaidoyer en faveur d'une célérité de la justice apparaît comme un *leitmotiv*, il ne saurait être l'unique biais d'amélioration. La préservation des droits de la défense et l'impossibilité d'accéder à une justice immédiate sans malmener la procédure pénale, conduisent à envisager autrement le sens de ces propositions en enrichissant la prise en charge des victimes durant ce temps d'attente. Le délai précédant le procès pénal doit être mis à profit, par un accompagnement médical et psychologique des victimes d'infractions sexuelles afin de favoriser les perspectives de résilience et de reconstruction<sup>1960</sup>.

---

<sup>1959</sup> Voir *supra* n° 329 s.

<sup>1960</sup> M. SALMONA, (Présidente de l'association Mémoire traumatique et victimologie) affirme qu'« une enquête de l'OMS répertoriant toutes les études sur les conséquences des violences sur les enfants a démontré que les troubles psychotraumatiques sont le principal facteur explicatif des conséquences observées en termes de santé physique, de santé mentale et psychologique, de conséquences sur la vie, des risques de marginalisation et de risques d'échec », Audition du 23 janvier 2019, (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

**553. Prise en charge des psychotraumatismes.** Il apparaît essentiel de souligner la création de dispositifs spécialisés dans la prise en charge du psychotraumatisme, destinés à accompagner l'ensemble des victimes. Répondant à un appel à projet national ouvert par le ministère des solidarités et de la santé à l'automne 2018, dix centres spécialisés ont été ouverts avec pour objet de prendre en charge l'ensemble des personnes, mineures ou majeures, exposées à des violences ayant entraîné ou risquant d'entraîner un psychotraumatisme<sup>1961</sup>.

Bien qu'ils ne se limitent pas aux victimes d'infractions sexuelles, ces dispositifs permettent de mettre en évidence la nécessité d'une prise en charge globale, à la fois médico-psychologique, somatique et sociale. Ces centres spécialisés tendent à prendre en compte les effets des traumatismes sur les victimes, parmi lesquels figurent les violences sexuelles. Cela s'inscrit évidemment dans une volonté de limiter les comportements à risque, les suicides ou les pathologies somatiques, mais ces centres assurent également une prévention primaire, en considérant que les victimes actuelles pourraient être des auteurs en devenir. En effet, la secrétaire de la FFCRIAVS estime qu'« un tiers environ des auteurs d'actes pédocriminels auraient eux-mêmes fait l'objet d'abus sexuels dans leur enfance »<sup>1962</sup>.

Ces centres ont une fonction d'expertise et permettent un travail en réseau avec divers acteurs de la prise en charge et de l'accompagnement des victimes tels que les services de médecine et de psychiatrie, les associations d'aide aux victimes, les foyers d'accueil, de protection maternelle et infantile, l'aide sociale à l'enfance... Enfin, ils ont pour mission de « contribuer à la sensibilisation au repérage des violences et des troubles psychosomatiques ainsi qu'à la formation aux bonnes pratiques et à la diffusion de la connaissance sur la prise en charge auprès des acteurs concernés »<sup>1963</sup>. Ces centres apparaissent particulièrement intéressants. Ils affirment l'importance d'une prise en charge globale et l'intérêt de développer une prévention primaire efficace.

**554. Prise en charge complémentaire.** Des institutions ou associations sont également des supports solides pour les victimes de violences sexuelles. Certaines d'entre elles sont spécialisées dans les violences faites aux femmes telle que l'institution Violences Femmes Info

---

<sup>1961</sup> Instruction n° DGOS/R4/2018/150 du 19 juin 2018 relative à l'appel à projet national pour l'identification de dispositifs de prise en charge globale du psychotraumatisme.

<sup>1962</sup> I. BERTSCH (Secrétaire de la FFCRIAVS), Audition du 17 janvier 2019 (M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit.).

<sup>1963</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 225.

joignable au numéro 3919. Il existe également d'autres services qui ne sont pas précisément spécialisés dans les infractions sexuelles, à l'image du Bureau d'aide aux victimes. Ces institutions peuvent s'avérer utiles et efficaces pour obtenir une écoute et des conseils. En parallèle, de nombreuses associations permettent de répondre à la souffrance des mineurs, parmi lesquelles l'Enfant Bleu, qui propose aux victimes mineures une écoute, un suivi thérapeutique et un accompagnement juridique ou l'association Innocence en danger qui, depuis 2002, développe des séjours de résilience pour les victimes<sup>1964</sup>.

Enfin, l'usage de la justice restaurative dont les bénéfices ne sont plus à rappeler<sup>1965</sup> est à prioriser, tant elle permet de redonner à la victime son importance, sa voix et ses attentes sans déconstruire le droit pénal. Ce procédé doit être valorisé<sup>1966</sup>.

Différents outils permettant d'assurer une prise en charge plurielle des victimes d'infractions sexuelles se généralisent. Ces initiatives sont méritoires et abordent les victimes avec suffisamment de hauteur pour comprendre les enjeux de leur prise en charge. Il s'agit de poursuivre dans cette voie en généralisant la prise en charge complète en amont du procès pénal afin de prévenir tout risque de traumatismes, limitant par là même les auteurs en devenir. Par ailleurs, la prise en charge économique s'impose avec la force de l'évidence.

## **B. Une prise en charge économique**

**555. Prise en charge économique.** Concernant la prise en charge financière des soins attribués aux victimes, depuis la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs, les soins consécutifs aux violences sexuelles subies par des mineurs sont intégralement pris en charge par la sécurité sociale. Selon l'article L. 160-14 du Code de la sécurité sociale : « La participation de l'assuré mentionnée au premier alinéa de l'article L. 160-13 peut être limitée ou supprimée dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État, pris après avis de l'Union nationale des caisses d'assurance maladie et de l'Union nationale des organismes d'assurance maladie complémentaire, dans les cas suivants [...] 15° Pour les soins consécutifs aux sévices subis par les mineurs victimes d'actes prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-

---

<sup>1964</sup> Disponible sur <https://fr.ulule.com/innocence-en-danger/> (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>1965</sup> Voir *supra* n° 529 s.

<sup>1966</sup> *Ibidem*.

27 du code pénal ». De même, l'article R. 160-17 du Code de la sécurité sociale dispose que la participation de l'assuré est également supprimée pour les soins consécutifs « aux sévices sexuels subis par les mineurs victimes d'actes prévus et réprimés par les articles 222-23 à 222-32 et 227-22 à 227-27 du code pénal, à compter de la date présumée de commission des faits ». Cette demande peut être effectuée par la victime, son médecin ou son représentant légal. « L'exonération est fixée pour la durée du traitement, si nécessaire au-delà de la majorité de la victime, et peut être prolongée dans les conditions prévues à l'alinéa précédent ». Pourtant, il semble que ces possibilités soient trop peu connues<sup>1967</sup>. La prise en charge médicale peut être angoissante au regard de sa durée et de son coût. À cet égard, il est essentiel d'informer les parents, la victime et les professionnels de ces louables possibilités de prises en charge.

En revanche, deux éléments méritent d'être repensés. Tout d'abord, la prise en charge doit s'étendre pour intégrer le suivi psychologique qui, actuellement, n'est pas remboursé par la sécurité sociale. Une réponse plurielle ne saurait évincer l'importance, une nouvelle fois, de la parole et de l'accompagnement psychologique. De même, comme le soutient le rapport d'information du Sénat, « le remboursement de consultations de psychologie ne devrait pas exclure *a priori* la prise en charge de formes de psychothérapies innovantes, tels que l'arthérapie par exemple, développées avec succès par les associations »<sup>1968</sup>. Il n'est plus permis de douter de l'efficacité de ces méthodes sur la reconstruction des victimes. L'hospitalisation conduit parfois à un phénomène de victimisation. À ce titre, élargir le champ des possibles permettrait de limiter les prises en charge médicale parfois éloignées des nécessités au profit d'une prise en charge plus proche des attentes. Enfin, les victimes majeures d'infractions sexuelles ne peuvent être exclues *ipso facto* de ces programmes médicaux ou psychologiques. Une extension du contenu de ces programmes et des personnes qu'ils concernent est souhaitable.

**556. Conclusion Section 2.** Éliminer la notion de victime fantôme que le Code pénal tend à instituer<sup>1969</sup> a permis d'envisager plus sereinement l'appréhension de la victime réelle. Une fois encore, la question de la parole s'est imposée. Pour que la victime soit reconnue et prise en charge, encore faut-il qu'elle parle ou que d'autres parlent pour elle. Si le secret professionnel s'efface devant la protection des mineurs victimes, il n'en demeure pas moins que les

---

<sup>1967</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 222.

<sup>1968</sup> M. MERCIER, M. MEUNIER et D. VERIEN, Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, préc. cit., p. 222.

<sup>1969</sup> Voir *supra* n° 345 s.

professionnels se heurtent parfois à la crainte de se tromper ou à la peur des suites potentiellement néfastes pour l'enfant. Aussi, il convient de généraliser les formations *ab initio* et continues des professionnels en contact avec les mineurs afin de permettre une meilleure reconnaissance des victimes, tout en proposant d'imposer par décret la désignation d'un référent en protection de l'enfance dans chaque établissement hospitalier et dans chaque conseil départemental. Ce dernier aurait essentiellement un rôle informatif et permettrait d'éclairer les professionnels sur le circuit pénal. Parallèlement, le référent aurait également pour objet de transmettre à la personne ayant saisi la CRIP des suites qui auront été données à son signalement. À ce titre, une fois la connaissance médicale et pénale amorcée, il sera permis d'obliger le corps médical à signaler les mineurs victimes dès qu'ils ont moins de treize ans. Néanmoins, si les mineurs nécessitent que les adultes soient en mesure de dépasser leur silence, un tel dispositif ne doit pas être étendu aux majeurs. Trop risqué, ce procédé consisterait à isoler encore davantage la personne victime en brisant le lien de confiance. La relation entre les personnels médicaux et leur patient doit être préservée lorsque celui-ci est majeur. Enfin, une fois la parole des mineurs victimes déliée, celle-ci doit être protégée. Les traumatismes doivent très tôt être reconnus et accompagnés. Le développement d'espaces de paroles adaptés aux mineurs tels que les salles Mélanie ou les UAMJ doit être affirmé et les aides financières généralisées.

Ce n'est qu'à partir de cette extériorisation que des poursuites pourront être déclenchées. S'ensuit alors une nouvelle étape pour la victime, non moins douloureuse. À cet égard, la question du temps pénal a permis de mettre en lumière l'objectif de célérité qui, en lui-même ne semble pertinent qu'en ce qu'il se couple avec une prise en charge plurielle des victimes. L'exploitation de ce temps nécessaire aux droits de la défense et que l'on ne saurait sacrifier à la souffrance de la victime doit permettre d'apporter une première prise en charge globale. Médicale, sociale ou psychologique, cette attente doit répondre aux victimes et à leurs espérances qui, bien souvent, ne sont pas exclusivement liées à un besoin de condamnation pénale.

**557. Conclusion Chapitre 1.** La prise en charge des auteurs ou victimes d'infractions sexuelles nécessite d'être perfectionnée. Les dispositifs déployés par le législateur sont nombreux, mais pas toujours satisfaisants. Les mécanismes existants ont ainsi pu être améliorés, développés ou repensés. Cependant, ces propositions seront-elles un jour suffisantes ? Pourrons-nous nous satisfaire des outils proposés ? Il est permis d'en douter. Tant que cette



délinquance perdurera, il existera des moyens d'actions à promouvoir. Le droit pénal semble finalement une quête infinie, un rocher que Sisyphe doit remonter inlassablement en haut de sa montagne. Il existe des possibilités d'améliorations en renforçant la prévention primaire, en permettant un meilleur accueil de la parole des victimes et des auteurs, en fluidifiant la transmission des informations...

Cependant, tout cela nécessite des investissements humains et financiers, bien que le recours à des bénévoles formés demeure une alternative à considérer. Pour autant, à ce jour, le coût du traitement des violences sexuelles est extrêmement élevé. J. BICHOT a mené une enquête qui portait sur le coût du traitement des violences conjugales, de la prostitution et des violences sexuelles<sup>1970</sup>. Au terme de cette étude effectuée, il conclut que « les budgets publics consacrés aux blessures de l'intimité ne sont pas quantitativement à la hauteur du problème, car ces blessures représentent un coût économique considérable et que s'y attaquer plus sérieusement pourrait apporter une contribution efficace à la bonne santé économique du pays, mais aussi que l'argent public qui est déjà employé à cette fin pourrait être dépensé de façon plus efficace ». L'objectif de prévention et d'amélioration occasionnera nécessairement des dépenses supplémentaires à court terme, avec pour résultante d'effectuer certaines économies à long terme. Une meilleure prise en charge des auteurs et des victimes d'infractions sexuelles tend à s'inscrire dans une démarche globale et rationnelle en vue de limiter cette délinquance sans pour autant se laisser porter par l'émotion et le spectre de la morale.

---

<sup>1970</sup> Disponible sur <https://www.institutpourlajustice.org/content/2017/11/EA-N%C2%B021-web.pdf> (dernière consultation le 31 août 2021).

## Chapitre 2 – Les frontières de la démonstration

**558. La libération pour dessein final ?** Libérer le droit des mœurs peut se concevoir sans difficulté. Tel fut l'objet de cette démonstration : distinguer deux domaines, le droit et la morale, par le développement de mécanismes précis et juridiques. Pour autant, les frontières de cette réflexion n'ont pas été abordées. En effet, la question de l'*amoralisation* du droit pénal est aussi celle de ses limites. La libération de la matière pénale est-elle l'ultime objectif ? L'étude des effets de l'émancipation du droit pénal conduit aux abords de la démonstration. Une fois le recul de l'interférence entre le droit pénal et les mœurs entériné, différents corollaires sont à envisager.

**559. L'hypothèse d'un droit pénal protecteur.** Tout d'abord, l'intérêt d'un droit pénal protecteur est apparu. Si le droit pénal doit ignorer l'influence des mœurs partagées, se pose alors la question de savoir si, à l'inverse, il doit protéger les individus partageant des mœurs dissidentes. Après avoir tant plaidé en faveur d'une ignorance pure et simple de la morale, est venu le temps de s'enquérir du sort des individus rejetés par la morale majoritaire. Serait-il contradictoire de proposer une protection de ceux qui arborent une sexualité dissidente ? À l'image de l'homosexualité, les pratiques sexuelles déviantes doivent-elles délaisser le champ de la répression pour entrer dans celui de la protection ? Contrairement aux apparences ce procédé ne tend pas uniquement à prôner certaines valeurs telles que l'autonomie personnelle ou la liberté sexuelle. Il ne s'agira pas d'intégrer *in fine* une promotion des valeurs sociales protégées, convaincus de leur dangerosité. Au contraire, l'idée d'un droit pénal de protection tend à recentrer la matière autour de l'ordre public par la protection des individus mis en danger, notamment par la bien-pensance collective.

**560. L'hypothèse d'un droit pénal protecteur.** Au-delà de la protection des mœurs dissidentes, l'étendue de l'ignorance se présente. Si cette réflexion prend racine dans les infractions sexuelles, il s'agit d'envisager de la transposer à l'ensemble de la matière. Nul doute que les infractions sexuelles font généralement office d'expérimentation. Actuellement, ce qui est testé dans ce microcosme particulier a régulièrement vocation à s'étendre à l'ensemble de

la matière. Le législateur transfère au droit commun ce qu'il a élaboré au niveau sexuel. Aussi, s'inspirant de ce procédé récurrent de transposition, les limites de l'ignorance seront interrogées.

**561. L'hypothèse d'une éthique minimale.** Enfin, une ultime interrogation demeure. À la lumière de l'éthique minimale, philosophie développée par R. OGIEN<sup>1971</sup>, il apparaît que les infractions sexuelles sans victime ne relèveraient pas de la morale. Après avoir insisté sur la nécessité de les extraire du droit pénal, il s'agit à présent de les déraciner de la morale. La présentation de cette philosophie permettra d'aborder un dernier vertige. Si les infractions sexuelles sans victime ne relèvent ni du droit, ni de la morale, alors que reste-t-il ? Cette réflexion laissera supposer l'existence d'un vide nous condamnant à la terrible liberté.

**562. Annonce de plan.** Avançant jusqu'aux limites de notre réflexion, l'intérêt d'un droit pénal circonscrit (**Section 1**) sera complété par la possibilité d'une éthique minimaliste (**Section 2**).

---

<sup>1971</sup> Ruwen OGIEN (1949-2017) est un philosophe dont les travaux portent essentiellement sur la philosophie morale. Il se trouve à l'origine de l'éthique minimale, philosophie tendant à réduire la morale à quelques principes, notamment l'absence de victime.

## Section 1 – Vers un usage circonscrit du droit pénal

**563. Une fin alternative.** L'étude des infractions sexuelles et les propositions relatives à leur rationalisation suggèrent que l'on se demande jusqu'où pousser le raisonnement. Proposer des mécanismes tendant à limiter l'influence de la morale sur un échantillon d'infractions, ne saurait être suffisant. Une fois débarrassé de la relation malsaine qu'entretient le droit pénal avec les mœurs, il est essentiel de s'épancher sur les conséquences de ces propositions.

Afin de mener à terme la réflexion, deux voies sont envisageables. La première consisterait à faire du droit pénal le protecteur des individus aux mœurs dissidentes. Après les avoir réprimés, il s'agirait à présent de protéger ceux qui les arborent. La seconde possibilité serait celle de l'indifférence. Ni répressif, ni promoteur, le droit pénal se contenterait alors d'ignorer les mœurs individuelles.

**564. La protection des mœurs individuelles.** Il convient de s'engager plus avant dans ce renversement de paradigme, allant jusqu'à envisager une protection, par le droit pénal, des mœurs minoritaires. Cette étude laissera présager du fait que la promotion des mœurs individuelles par le droit pénal est indubitablement à exclure. En effet, ce procédé ne ferait que déplacer la relation que le droit entretient avec la morale, sans jamais l'apaiser. La matière pénale redeviendrait alors un instrument de communication, un outil d'expression, oubliant de nouveau son objet répressif. Cela ne saurait se concevoir. En revanche, la protection des individus et non celle de leur autonomie personnelle, par une répression renforcée des infractions animées par le rejet de certaines pratiques sexuelles peut être envisagée. Partant, le droit pénal ne valoriserait pas une certaine intimité ; il protégerait au contraire les citoyens en réprimant les atteintes qui leurs sont faites au nom de leur sexualité. La promotion de certaines valeurs ne serait que secondaire. Elle n'interviendrait qu'en tant que conséquence inévitable. Cependant, de la protection des citoyens à la promotion de l'autonomie personnelle, délicat de trouver le juste équilibre.

**565. L'indifférence face aux mœurs.** Au-delà de cette réflexion, un second chemin se dessine. Celui-ci réside dans l'ignorance de la morale. Il s'agit de se demander jusqu'à quel point cette indifférence peut irriguer le droit pénal, jusqu'à quel point les infractions sexuelles peuvent inspirer la matière pénale, jusqu'à quel point les processus de rationalisation

développés initialement pour les infractions sexuelles peuvent être transposés à l'ensemble du champ pénal. Il ne fait guère de doute que les tentatives expérimentées au niveau des infractions sexuelles sont généralement étendues, au fil des années, avant de devenir le droit commun. En souhaitant déconstruire l'exceptionnalité propre aux infractions sexuelles, il s'agira de se demander si l'on peut raisonnablement limiter les propositions à ces incriminations, comme si celles-ci appartenaient à un ensemble distinct, sans interroger l'extension de ce procédé.

Après avoir vu que le droit pénal peut prendre appui sur les mœurs individuelles, intimes par nature, pour protéger ses citoyens sans risquer de redevenir un élément de communication et de promotion (§1), les limites de son indifférence et l'opportunité de l'extension des mécanismes développés pour les infractions sexuelles à l'ensemble de la matière seront interrogés (§2).

## **§ 1 – La protection des mœurs dissidentes**

**566. Parfaire l'évolution de la relation.** Envisager la protection des mœurs par le droit pénal consiste à renverser le paradigme sous lequel la morale est actuellement appréhendée. En effet, facteur de répression, les mœurs individuelles deviendraient alors un élément à protéger. Ce bouleversement parachèverait la reconquête des mœurs par le droit pénal. S'inspirant de la pénalisation de la discrimination qui réprime les distinctions fondées sur les mœurs et d'une circonstance aggravante générale qui tend à punir plus sévèrement les comportements anti sociaux animés par le rejet de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre de la victime, plusieurs méthodes sont envisageables pour renverser l'interférence entre le droit pénal et les mœurs.

Il s'agira d'étudier l'objectif poursuivi par un tel renversement afin de s'attarder sur l'opportunité d'une telle protection (A). Suite à cela, les moyens qui pourraient être mis en œuvre pour accomplir ce dessein seront étudiés (B).

### **A. L'objet de la protection**

**567. Une promotion de la diversité.** Si l'influence des mœurs sur le droit pénal en tant qu'objet de sanction a d'ores et déjà été combattue, il s'agit à présent de renverser de façon drastique la nature de leur relation. Est-il possible de modifier l'angle sous lequel les mœurs

sont appréhendées au point d'en faire un élément de protection ? Actuellement, certaines infractions sexuelles s'appuient sur des atteintes à une morale supposément partagée. Toutefois, il est permis d'imaginer à quoi ressemblerait le droit si les mœurs dissidentes n'étaient plus réprimées, mais protégées. En punissant les hostilités manifestées contre les choix personnels et intimes, le Code pénal modifierait radicalement sa façon d'aborder la sexualité. Aujourd'hui le législateur espère, vainement, normaliser les comportements privés afin de regrouper sous une même morale les individus<sup>1972</sup>. Le partage d'une certaine normalité apparaît comme un élément fédérateur au sein de la société. Toutefois, en renouvelant son appréhension des mœurs, la matière pénale pourrait alors se faire promotrice de la diversité. Il ne s'agirait plus de réprimer ceux qui ne se conforment pas à la normalité, mais au contraire, de les protéger. Un double objectif apparaît alors. Un objectif expressif se couplant avec un objectif répressif.

**568. Une expression repensée.** La première finalité qui se dessine révèle la fonction expressive, régulièrement exploitée par le droit pénal<sup>1973</sup>. Cependant, contrairement au droit commun, l'expression ne serait plus celle d'une ostracisation mais celle d'une intégration. Rappelons qu'il s'agit ici d'infractions sexuelles sans victime. L'idée n'est évidemment pas de plaider en faveur d'une banalisation, voire d'une protection, de tous les comportements sexuels, y compris ceux qui compromettraient l'intégrité d'autrui et le consentement des protagonistes. Aussi, l'accès au FIJAISV par les professions en contact avec les mineurs ne saurait disparaître au nom d'une volonté non discriminatoire<sup>1974</sup>.

En revanche, concernant les infractions sexuelles sans victime, ce changement d'angle aurait l'intérêt de favoriser la pluralité de valeurs, l'absence de jugement et la destitution d'une normalité affichée et fictive. Le sadomasochisme, les écarts d'âge, la prostitution choisie, la consultation d'œuvres fictives aux contenus les plus divers ne seraient pas punis. Au contraire, toutes discriminations prenant appui sur ces particularités intimes pourraient être réprimées<sup>1975</sup>.

---

<sup>1972</sup> Voir *supra* n° 226 s.

<sup>1973</sup> Voir *supra* n° 224 s.

<sup>1974</sup> Les articles 706-53-7 et R. 53-8-24 du Code de procédure pénale indiquent qui peut être destinataire des informations contenues dans le fichier. Par ailleurs l'article 706-47-4 du Code de procédure pénale prévoit que « Par dérogation au I de l'article 11-2, le ministère public informe par écrit l'administration d'une condamnation, même non définitive, pour une ou plusieurs des infractions mentionnées au II du présent article, prononcée à l'encontre d'une personne dont il a été établi au cours de l'enquête ou de l'instruction qu'elle exerce une activité professionnelle ou sociale impliquant un contact habituel avec des mineurs et dont l'exercice est contrôlé, directement ou indirectement, par l'administration ». L'article liste ensuite les infractions relevant de ce devoir d'information. La liste des professions et activités est, quant à elle, fixée à l'article D. 47-9-1 du Code de procédure pénale.

<sup>1975</sup> Sur les procédés envisageables, voir *infra* n° 566 s.

Cette nouvelle appréhension des mœurs semble *a priori* en harmonie avec la tolérance prônée par nos sociétés démocratiques, laïques. Érigée sur un idéal de pluralité, il ne fait aucun doute que cette relation permettrait d'attester de l'effectivité de ces principes si régulièrement oubliés. Néanmoins, si ce renversement avait pour avantage de valoriser l'autonomie personnelle et un idéal de tolérance, ce raisonnement se heurte rapidement à quelques difficultés.

**569. *A priori*, le rejet d'un droit pénal protecteur des mœurs individuelles.** La première limite concerne une nouvelle fois la place et le sens du droit pénal. La matière pénale ne doit pas servir de mécanisme d'approbation ou de désapprobation de la sexualité. La dépénalisation des infractions sans victimes conduit à un silence qu'il faut apprendre à conserver. Il est essentiel d'intégrer le fait que le mutisme du droit pénal n'induit pas son approbation. Si le Code pénal ne pénalise plus les œuvres pornographiques représentant un mineur, cela ne signifie pas qu'il les approuve. De même, le retrait du terme « inceste » au sein du texte ne témoignerait en aucun cas d'une approbation. L'inverse est également vrai. Refuser l'immixtion de nouvelles circonstances aggravantes fondées sur la protection des mœurs individuelles ne signifie pas que la société tolère l'intolérance. Le droit pénal ne doit pas promouvoir la liberté sexuelle, au même titre qu'il n'est pas de son ressort de formater les individus à une sexualité normée.

Par ailleurs, il est risqué d'utiliser la matière pénale en tant qu'un instrument politique et expressif<sup>1976</sup>. Il ne s'agit pas de renouer avec cet usage factice du droit, quand bien même celui-ci correspondrait davantage à nos valeurs. Aussi, user du droit en tant que protecteur des mœurs consiste à faire de la matière l'unique instrument exploitable. Or, l'objectif n'est en aucun cas de retomber dans ces travers, mais au contraire, de recentrer la matière pénale autour de son objet répressif et de la protection de l'ordre public.

**570. *A fortiori*, l'acceptation d'un droit pénal protecteur de l'ordre public.** Il est évident qu'envisager le droit pénal en tant que protection des mœurs individuelles laisse, *a priori*, supposer l'utilisation d'un droit pénal expressif. Néanmoins, à y regarder de plus près, cela n'est pas si limpide. En effet, la pénalisation des infractions fondées uniquement sur les mœurs, s'érige sur des comportements sans victime qui n'ont d'autre objectif que de satisfaire la

---

<sup>1976</sup> Voir *supra* n° 281 s.

morale<sup>1977</sup>. Or, en l'espèce, aggraver la répression des comportements anti sociaux animés par un rejet d'autrui ne répond pas au même dessein. En réprimant particulièrement les infractions fondées sur la révulsion provoquée par les pratiques sexuelles d'un individu, la matière pénale ne promeut aucune sexualité. Elle se contente de protéger ses citoyens des infractions qui pourraient être commises, en raison du rejet de leur intimité. À ce titre, le droit pénal ne renoue pas avec ses démons de l'expression, au contraire, il se recentre sur la protection de son ordre public. Il n'est pas plus légitime de violenter une personne en raison de ses pratiques sexuelles plutôt que du fait de son orientation sexuelle. Dans un cas comme dans l'autre, les mœurs minoritaires nécessitent d'être protégées par le droit pénal, et ce, non pas en vue de promouvoir l'autonomie personnelle, mais seulement pour protéger les victimes de l'oppression morale<sup>1978</sup>. Le droit pénal retrouve son rôle originel, celui de protéger la société et ses citoyens. Certes, ce renversement est porteur de valeurs. Néanmoins, celles-ci ne sont pas à l'origine de la pénalisation. Réprimer l'intolérance n'apparaît que dans un second temps. La première étape consiste à protéger l'individu. Une fois de plus, la place de la victime redevient l'épicentre de la relation entre le droit et les mœurs.

Cette nécessité de protection a d'ailleurs été soulignée par la CEDH dans son arrêt *Pay c/ Royaume-Uni* de 2008<sup>1979</sup>. Un employé d'un service de probation spécialisé dans le traitement des auteurs d'infractions sexuelles avait été licencié pour avoir révélé son attrait pour les activités sadomasochistes. À cet égard, la CEDH affirme que ces activités, dès lors qu'elles sont consenties, relèvent de la vie privée. Toutefois, les juges de Strasbourg ajoutent que l'ingérence n'est pas disproportionnée, notamment en raison de l'activité professionnelle du requérant, mais également de l'existence de ces vidéos sur internet et de son refus de les supprimer.

Face à ce constat, il est à présent opportun d'interroger la forme que pourrait prendre ce changement de paradigme.

---

<sup>1977</sup> Voir *supra* n° 177 s.

<sup>1978</sup> Cette même démarche existe déjà concernant les mobiles fondés sur le rejet d'une race, d'une religion, d'une identité de genre, d'une orientation sexuelle... Voir notamment la discrimination (article 222-25 du Code pénal) ou les circonstances aggravantes générales (article 132-76 s. du Code pénal).

<sup>1979</sup> CEDH 16 septembre 2008, n° 32792/06, *Pay c/ Royaume-Uni*.



## **B. Les applications de la protection**

**571. La possibilité d'un tournant radical.** La volonté de protéger ceux qui connaissent des mœurs dissidentes n'est pas nouvelle (1). En s'inspirant de ce qui préexiste, différents dispositifs pourraient être envisagés par le droit pénal pour parfaire le changement déjà amorcé par le Code pénal (2).

### *1. La protection actuelle*

**572. Un virage décisif, la pénalisation de la discrimination fondée sur les mœurs.** L'amorce d'une nouvelle appréhension des mœurs au sein du Code pénal est déjà présente. Tout d'abord, selon l'article 225-1 du Code pénal, constitue une discrimination entre personnes physiques ou morales, toute distinction « sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée ». L'immixtion du terme « mœurs » date de la loi du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social<sup>1980</sup>. L'opacité de la notion, quoique soulevée lors des travaux parlementaires<sup>1981</sup> laisse néanmoins transparaître la couleur de la sexualité. À la lecture des différents rapports, rien ne permet de douter du fait que ce terme se réfère essentiellement aux relations homosexuelles<sup>1982</sup>. En effet, J.-P. SUEUR expose que « la notion de mœurs a, en

---

<sup>1980</sup> Loi du 25 juillet 1985 portant diverses dispositions d'ordre social, *JO* du 26 juillet 1985.

<sup>1981</sup> L. BOYER et L. SOUVET, Rapport du Sénat n° 394 du 19 juin 1985 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social, p. 2 s. ; L. BOYER et L. SOUVET, Rapport du Sénat n° 443 du 28 juin 1985, préc. cit., p. 6 .

<sup>1982</sup> « Ces mesures concernent les homosexuels » (L. BOYER et L. SOUVET, Rapport du Sénat n° 341 du 5 juin 1985 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social, p. 10) ; Il permettrait une assimilation tout à fait préjudiciable au sexe féminin entre les femmes et les homosexuels » (L. BOYER et L. SOUVET, Rapport du Sénat n° 443 du 28 juin 1985, préc. cit., p. 6).

outre, été préférée à celle de "pratiques sexuelles licites", après consultation des services compétents du ministère de la Justice »<sup>1983</sup>.

Ainsi, rapidement après la dépénalisation de l'homosexualité en 1982<sup>1984</sup>, le terme « mœurs » a intégré l'article 225-1 du Code pénal. Cette insertion témoigne d'un changement notable dans l'appréhension de la sexualité. Après avoir longtemps fait l'objet d'une pénalisation affichée ou dissimulée<sup>1985</sup>, l'homosexualité est désormais protégée par la répression des discriminations. Cette évolution est essentielle en ce qu'elle révèle d'une autre façon de concevoir la sexualité. Le droit pénal n'est plus chargé de réprimer les relations considérées immorales, mais au contraire, il protège les choix individuels et l'intimité de la sexualité<sup>1986</sup>. Le virage est appréciable. En l'espace de trois années, le droit punit ce qu'il avait lui-même institué. En cela, l'article 225-1 du Code pénal est inspirant. Il souligne la possibilité de faire évoluer le droit vers davantage de neutralité. Ce changement de paradigme dévoile l'expression de nouvelles valeurs. La moralité laisse place à la tolérance. La normalité s'efface devant la pluralité. La pénalisation des discriminations fondées sur les mœurs atteste d'un changement des mentalités et d'une autre conception du droit. Réprimer la discrimination, conduit à sanctionner l'étroitesse d'esprit de celui qui rejette un individu pour l'une de ses caractéristiques, l'un de ses attributs ou l'une de ses pensées. Une nouvelle fois, l'existence d'une victime conduit à ne faire de la valeur sociale protégée, la dignité, qu'une répercussion de la protection de l'individu. Cette infraction ne se contente pas d'exprimer des valeurs, elle répare également un trouble à l'ordre public, elle sanctionne une atteinte faite à un individu dont l'une des particularités le rend vulnérable face à la foule<sup>1987</sup>.

Indépendamment de la discrimination, le législateur a également investi les circonstances aggravantes afin d'entériner ce virage.

---

<sup>1983</sup> L. BOYER et L. SOUVET, Rapport du Sénat n° 394 du 19 juin 1985, préc. cit., p. 2 s.

<sup>1984</sup> Loi n° 82-683 du 4 août 1982 relative à l'abrogation de l'article 331 (al. 2) du Code pénal, *JO* du 5 août 1982.

<sup>1985</sup> Voir *supra* n° 54.

<sup>1986</sup> En effet, si l'homosexualité semble progressivement intégrer la norme, lors de sa dépénalisation et de son immixtion au sein de l'article 225-1 du Code pénal cette sexualité était loin de faire l'unanimité. Voir *supra* n° 60.

<sup>1987</sup> Ainsi, la Cour de cassation n'hésite pas à considérer que le fait pour un député d'affirmer par voie de presse que l'homosexualité est « inférieure à l'hétérosexualité » et constitue « un danger pour l'humanité », ne peut constituer des injures publiques car la gravité n'est pas suffisante pour caractériser un dépassement de la liberté d'expression (Cass. crim. 12 novembre 2008, n° 07-83.398). S'il est permis d'être étonné face à cette absence de condamnation, la Cour de cassation adopte une démarche rationnelle tendant à apprécier la gravité des propos. Ainsi, le fait que l'homosexualité soit visée et non les homosexuels conduit à estimer que l'ordre public n'était pas atteint et donc, que la liberté d'expression prévalait. Sur le sujet voir notamment E. DREYER, « Cassation d'une condamnation pour injure homophobe », *JCP G* n° 50, 2008, II, 10206 : « La liberté d'expression, qui est en partie une liberté de nuire, commanderait donc de tolérer ces propos qui ne blessent autrui que "par répercussion" »

**573. L'exploitation des circonstances aggravantes**<sup>1988</sup>. Les circonstances aggravantes, dont la liste ne cesse de croître au fil des années, témoignent d'une évolution de la société et d'une volonté de signaler certaines interdictions à mesure que les citoyens les réclament<sup>1989</sup>. Prenons l'exemple du viol. Si l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle, nombreux sont les cas d'aggravations qui tendent à faire augmenter cette peine. Au fil des années, les circonstances aggravantes se sont multipliées. En 1998<sup>1990</sup>, le développement d'Internet conduit le législateur à aggraver l'infraction « lorsque la victime a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications ». En 2003, c'est l'orientation sexuelle de la victime qui intègre les circonstances aggravantes<sup>1991</sup>. Puis, en 2005, les viols en série induisent l'aggravation du viol commis « en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes »<sup>1992</sup>. Loin de s'arrêter là, la liste continue progressivement de croître, année après année. Finalement le viol est également aggravé « lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité »<sup>1993</sup>, « lorsqu'il est commis par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants »<sup>1994</sup>, « lorsqu'il est commis, dans l'exercice de cette activité, sur une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle »<sup>1995</sup>, « lorsqu'un mineur était présent au moment des faits et y a assisté », « lorsqu'une substance a été administrée à la victime, à son insu, afin d'altérer son discernement ou le contrôle de ses actes »<sup>1996</sup>.

---

<sup>1988</sup> Sur le sujet voir E. DREYER, *Droit pénal général*, Lexisnexis, 5<sup>ème</sup> édition, 2019, p. 1158 s. ; C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 6<sup>ème</sup> édition, 2018, p. 598 ; X. PIN, *Droit pénal général*, 11<sup>ème</sup> édition, 2020, p. 414 s. ; M. DALLOZ, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, Thèse, Nice, 2001 ; M. DALLOZ, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Circonstances aggravantes, août 2018 ; A. CHAVANNE, « Les circonstances aggravantes en droit français », *Revue internationale de droit pénal* 1965, p. 527 s. ; E. DREYER, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale – Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 63 s.

<sup>1989</sup> Sur l'usage protéiforme de la loi pénale, voir *supra* n° 220 s.

<sup>1990</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998, article 13.

<sup>1991</sup> « Le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle : [...] 9° Lorsqu'il a été commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime », Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO* du 19 mars 2003, article 47.

<sup>1992</sup> Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO* du 13 décembre 2005, article 32.

<sup>1993</sup> 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, *JO* du 5 avril 2006, article 11.

<sup>1994</sup> Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *JO* du 7 mars 2007, article 54 3°.

<sup>1995</sup> Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, *JO* du 14 avril 2016, article 11.

<sup>1996</sup> Loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, *JO* du 5 août 2018, articles 3, 7 et 13.

L'énumération de ces circonstances aggravantes révèle leur utilisation expressive. Ces ajouts viennent signaler de nouveaux interdits et permettent, par là même, d'exprimer l'état de la société actuelle. L'intérêt de certaines de ces circonstances se situe d'ailleurs en partie sur le terrain de la communication<sup>1997</sup>. « La *ratio legis* des circonstances aggravantes est de permettre au législateur de graduer le jugement de valeur porté sur une action déjà pénalement répréhensible. C'est cette aggravation du jugement de valeur en présence d'une circonstance spécifique qui justifie et explique l'accroissement de sévérité de la peine encourue »<sup>1998</sup>.

Cependant, la fonction symbolique n'est pas la seule. En aggravant les infractions fondées sur l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la victime, le droit pénal tente avant tout de protéger les citoyens dans leur vulnérabilité. Cette protection n'est pas paternaliste car elle ne se fait pas aux dépens de ceux qu'elle concerne. Ce faisant, le législateur remplit ici sa fonction répressive et protectrice de l'ordre public. Certaines circonstances aggravantes réparent un déséquilibre des forces issu de la vulnérabilité de la victime ou de l'autorité de l'auteur<sup>1999</sup>. Tel est le cas de la proposition tendant à protéger particulièrement les individus pratiquant une sexualité minoritaire. L'orientation sexuelle et l'identité de genre de la victime conduisent à la placer dans une situation de fragilité notamment face à la morale collective. Bien que cela ne semble pas suffisant<sup>2000</sup>, ces circonstances aggravantes permettent donc de réprimer plus fortement ceux qui exploiteraient cette vulnérabilité.

À cet égard quelques infractions sont spécialement aggravées en présence d'un mobile fondé sur l'orientation sexuelle et l'identité de genre de la victime. Tel est le cas des violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail<sup>2001</sup>, de la diffamation<sup>2002</sup> ou de l'injure<sup>2003</sup>.

Toutefois, le législateur ne s'arrête pas là puisqu'en 2003<sup>2004</sup>, l'article 132-77 du Code pénal généralise en circonstance aggravante le mobile fondé sur le sexe, l'orientation sexuelle, ou le

---

<sup>1997</sup> Sur le sujet voir notamment E. DREYER, « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », art. préc., spéc. p. 66.

<sup>1998</sup> M. DALLOZ, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Circonstances aggravantes, août 2018.

<sup>1999</sup> À ce titre il existe des circonstances aggravantes liées à l'âge, à la vulnérabilité ou la qualité de la victime (mineur ou dépositaire de l'autorité publique) ou celles fondées sur la qualité de l'auteur (fonctionnaire ou dépositaire de l'autorité publique).

<sup>2000</sup> Voir *infra* n° 571 s.

<sup>2001</sup> Article 222-13, 5° ter du Code pénal.

<sup>2002</sup> Article 32 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>2003</sup> Article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

<sup>2004</sup> Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO* du 19 mars 2003. Sur le sujet voir S. DETRAZ, « Durcissement des circonstances aggravantes de discrimination », *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 68 s.

genre vrai ou supposé de la victime. La lutte contre le rejet des mœurs dissidentes fait un pas supplémentaire. Cet article propose donc une échelle d'aggravation générale à l'ensemble des délits et des crimes punis d'une peine privative de liberté<sup>2005</sup>. La généralisation de cette circonstance aggravante est précieuse. Elle témoigne d'un bouleversement dans l'appréhension de la sexualité. De plus, elle dépasse la simple orientation sexuelle de la victime pour inclure l'identité de genre vraie ou supposée. La relation entre le droit et la morale semble, à certains égards et sur quelques problématiques contemporaines, s'être engagée dans la voie du changement.

En s'appuyant sur ce bouleversement il est permis d'interroger le prolongement de ces aspirations. À l'image des articles 225-1 et 132-77 du Code pénal, l'émancipation du droit pénal vis-à-vis de la morale majoritaire peut-elle donner lieu à une protection plus affirmée des morales minoritaires par le droit pénal ?

## *2. Une protection extensible*

**574. Pas à pas.** La dépénalisation des infractions sexuelles sans victime et la redéfinition des incriminations et des procédures de nature à limiter l'influence des mœurs sont apparues comme des étapes inévitables. En effet, ce n'est qu'à partir de la rationalisation de l'influence des mœurs sur le droit pénal que la relation entre ces deux domaines peut être renversée. À l'image de la pénalisation de la discrimination ou de la généralisation de la circonstance aggravante

---

<sup>2005</sup> « Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit :

1° Il est porté à la réclusion criminelle à perpétuité lorsque l'infraction est punie de trente ans de réclusion criminelle ;

2° Il est porté à trente ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de vingt ans de réclusion criminelle ;

3° Il est porté à vingt ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de quinze ans de réclusion criminelle ;

4° Il est porté à quinze ans de réclusion criminelle lorsque l'infraction est punie de dix ans d'emprisonnement ;

5° Il est porté à dix ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement ;

6° Il est porté à sept ans d'emprisonnement lorsque l'infraction est punie de cinq ans d'emprisonnement ;

7° Il est porté au double lorsque l'infraction est punie de trois ans d'emprisonnement au plus ».

Toutefois, « Le présent article n'est pas applicable aux infractions prévues aux articles 222-13, 222-33, 225-1 et 432-7 du présent code, ou au huitième alinéa de l'article 24, au troisième alinéa de l'article 32 et au quatrième alinéa de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, ni lorsque l'infraction est déjà aggravée soit parce qu'elle est commise par le conjoint, le concubin de la victime ou le partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité, soit parce qu'elle est commise contre une personne afin de la contraindre à contracter un mariage ou à conclure une union ou en raison de son refus de contracter ce mariage ou cette union ».

prévue à l'article 132-77 du Code pénal, la relation qu'entretient le droit avec la morale peut apparaître sous un jour nouveau.

**575. L'extension du domaine recouvert par les circonstances aggravantes.** Si les circonstances aggravantes ont déjà conquis la sphère sexuelle, il serait envisageable d'étendre le domaine qu'elles recouvrent. En effet, l'article 132-77 du Code pénal vise spécialement l'orientation sexuelle de la victime et son identité de genre. À ce titre, son étendue reste limitée. Les pratiques sexuelles ne sont, quant à elles, pas incluses dans cet article. Les comportements anti sociaux qui seraient motivés par un rejet des pratiques sexuelles minoritaires ne se sont pas aggravés par le Code pénal.

Il serait concevable d'étendre l'article 132-77 du Code pénal aux « pratiques sexuelles ». La notion de « pratique sexuelle » se distingue de l'orientation sexuelle relative à l'attirance sexuelle, ainsi que de l'identité de genre qui se réfère au genre auquel la personne appartient indépendamment de celui qui lui a été assigné à la naissance. Enfin, les « pratiques sexuelles » ne sauraient recouvrir les comportements réprimés en tant qu'infractions. Dès lors que le comportement est infractionnel, alors, il ne s'agit plus de pratique sexuelle mais d'une infraction. Ainsi, les « pratiques sexuelles » correspondent à l'exercice de la sexualité dans les limites de la loi recentrée autour de l'existence d'une victime. De fait, les pratiques sexuelles sont infinies car elles n'ont comme limites que celles que l'esprit humain veut bien leur donner. Le sadomasochisme, le fétichisme, l'urophilie<sup>2006</sup>, l'émétophilie<sup>2007</sup>, la pratique de l'autosexualité devant des images de synthèse pédopornographiques... Toutes ces pratiques ne sont pas encore revêtues de protection particulière. Or, la morale majoritaire peut s'avérer très sévère contre ceux qui ne la partage pas. En témoigne d'ailleurs l'état du droit pénal actuel envers les auteurs d'infractions sexuelles sans victime<sup>2008</sup>. Ainsi, cette extension au sein des circonstances aggravantes générales rappellerait le sort de l'homosexualité, autrefois réprimée, aujourd'hui protégée.

Les « pratiques sexuelles » pourraient intégrer l'article 132-77 du Code pénal de la manière suivante :

---

<sup>2006</sup> Attirance sexuelle par l'urine.

<sup>2007</sup> Attirance sexuelle envers le vomi.

<sup>2008</sup> Voir *supra* n° 177 s.

« Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime en raison de son sexe, son orientation sexuelle, son identité de genre vraie ou supposée, **ou ses pratiques sexuelles réelles ou supposées**, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit : [...] ».

Une seconde possibilité consisterait à étendre les circonstances aggravantes spéciales telles que celles prévues pour les violences volontaires, la diffamation ou l'injure pour y intégrer la notion de « pratiques sexuelles ». Ces termes pourraient être ajoutés de telle sorte que l'infraction serait aggravée si elle est commise « À raison du sexe, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre vraie ou supposée ou **des pratiques sexuelles réelles ou supposées de la victime** ». Toutefois, la première possibilité consistant à étendre le champ des circonstances aggravantes générales pourrait s'avérer plus opportune car plus efficace. Par ailleurs, cela éviterait une extension délicate des circonstances aggravantes spéciales, conduisant à leur illisibilité.

Ces différents procédés permettraient de renverser le paradigme sous lequel les mœurs sont appréhendées. Cependant, l'allongement des circonstances aggravantes mérite d'être abordé d'une main tremblante. En effet, la tendance boulimique du législateur doit être combattue. Pour autant, l'ajout des « pratiques sexuelles » n'apparaît pas motivé par la seule volonté symbolique. Bien au contraire, cet allongement permet de réparer une vulnérabilité que le droit pénal a lui-même contribué à créer en punissant infiniment les comportements sexuels déviants. Après avoir offert le masque d'ennemi à celui qui ne correspondait pas aux attentes sexuelles, la matière pénale l'a placé dans une situation de vulnérabilité indéniable. Il n'est pas aisé d'avoir la morale collective contre soi. Aussi, l'extension de cette circonstance aggravante permettrait de rééquilibrer cette distinction. Néanmoins, il ne s'agit pas de l'unique possibilité.

**576. L'extension de l'infraction de discrimination.** Il est également concevable d'étendre les mœurs visées par la pénalisation de la discrimination. À ce titre, une circulaire criminelle pourrait tout à fait indiquer que le terme *mœurs* ne se limite pas à l'homosexualité, mais recouvre également toutes les pratiques sexuelles. Bien que restreinte à quelques cas symptomatiques expressément visés par l'infraction (« refuser la fourniture d'un bien ou d'un service, entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque » ; « refuser d'embaucher », « sanctionner ou à licencier une personne » ; « subordonner la fourniture d'un

bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 » ; « subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1 » ; « refuser d'accepter une personne à l'un des stages visés par le 2° de l'article L. 412-8 du code de la sécurité sociale »<sup>2009</sup>), cette extension permettrait d'affirmer la volonté de protéger les choix relevant de la vie privée, quand bien même ceux-ci ne correspondraient pas à la morale collective. Partant, il serait souhaitable que la jurisprudence de la Cour de cassation admette une conception plus large de cette notion. Néanmoins, la force normative d'une circulaire étant limitée, il pourrait tout à fait être envisageable d'intégrer les termes « pratiques sexuelles réelles ou supposées » au sein de l'infraction de discrimination<sup>2010</sup>. Cette démarche aurait sans aucun doute une efficacité plus remarquable. Ce faisant, ce prolongement aurait pour effet de replacer les individus au centre de leur sexualité, en les protégeant de l'influence des bonnes mœurs. Ce procédé n'aurait pas pour volonté de promouvoir des pratiques sexuelles mais simplement de protéger ceux qui les exercent contre toutes formes de discriminations. Il ne s'agit pas de rejeter la fonction expressive du droit pénal en tant que telle, mais seulement en tant que fondement unique de la répression. Il est évident que des valeurs émanent de la pénalisation, cependant, cette extension se fonde avant tout sur la protection de l'individu. La protection des mœurs se muterait en protection des individus dont l'atteinte heurte nécessairement l'ordre public.

**577. Les limites de la protection.** La volonté de protéger les individus qui pourraient être opprimés par la morale collective doit obligatoirement être limitée par les procédés de rationalisation préalablement développés<sup>2011</sup>. Cette nécessité protectrice ne saurait s'émanciper

---

<sup>2009</sup> Article 225-2 du Code pénal.

<sup>2010</sup> Article 225-1 du Code pénal : « Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, **de leurs pratiques sexuelles**, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.

Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, **de leurs pratiques sexuelles**, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».

<sup>2011</sup> Voir *supra* n° 345 s.



de l'impériorité juridique. Ainsi, le récent plan d'action pour l'égalité, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+<sup>2012</sup> proposé par le gouvernement semble en partie fondé sur l'émotion. Il est permis de trouver au sein des propositions, la sanction des « thérapies de conversion »<sup>2013</sup>. Parfois appelées thérapies de réorientation sexuelle, elles ont pour objet de modifier l'attirance d'un individu afin qu'elle soit en adéquation avec son sexe. Particulièrement décriées, dangereuses voire violentes, ces thérapies n'ont pas besoin d'une nouvelle incrimination pour être sanctionnées. La violence qu'elle constitue, physique ou psychique, permet dès à présent de poursuivre leurs auteurs. Aussi, la nécessité de protéger les individus ne doit pas oublier la nécessité d'user du droit pénal avec parcimonie, notamment en appliquant strictement les principes constitutionnels.

Par conséquent, à première vue, l'intégration de nouvelles circonstances aggravantes ou l'extension de la pénalisation de la discrimination se heurtait à la cohérence de ces développements. L'affirmation d'un droit pénal expressif ne semblait guère envisageable. Toutefois, cette vision n'est que parcellaire. La matière pénale ne doit pas être muette sur l'ensemble de la sexualité, mais seulement sur les comportements sans victime. En effet, le droit pénal doit simplement se retirer de la sphère sexuelle lorsque cette dernière ne concerne que des individus consentants et capables de consentir. Lorsqu'il existe une victime il est essentiel que le droit s'en saisisse. L'extension des articles 225-1 et 132-77 du Code pénal ne ferait que rétablir l'équilibre que le droit pénal a, en partie, lui-même troublé. Pour autant, il est essentiel de refuser que l'objectif de protection soit priorisé au point de méconnaître toute la démonstration antérieure, notamment par la méprise du principe de nécessité. Enfin, loin d'être contredits, ces développements pourraient être complétés par une extension de l'ignorance des bonnes mœurs initialement proposée dans le cadre des infractions sexuelles, à l'ensemble de la matière pénale.

---

<sup>2012</sup> Disponible sur : [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2020/10/dilcrah\\_plan-lgbt\\_2020-2023\\_vf.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2020/10/dilcrah_plan-lgbt_2020-2023_vf.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

<sup>2013</sup> Plan d'action pour l'égalité, contre la haine et les discriminations anti-LGBT+, p. 28. Disponible sur : [https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2020/10/dilcrah\\_plan-lgbt\\_2020-2023\\_vf.pdf](https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/contenu/piece-jointe/2020/10/dilcrah_plan-lgbt_2020-2023_vf.pdf) (dernière consultation le 31 août 2021).

## § 2 – L’ignorance des mœurs entendues largement

**578. L’affirmation d’un droit pénal minimal.** La protection des mœurs individuelles est en réalité une protection des *individus* porteurs d’une morale minoritaire. Loin de promouvoir certaines sexualités dérogatoires, le droit pénal protégerait ceux qui les pratiquent comme il protège l’ensemble des citoyens, notamment les plus vulnérables. En effet, les minorités raciales, religieuses... sont protégées par le droit en raison de la fragilité que peut susciter l’une de leurs caractéristiques. Cela n’empêche aucunement l’ignorance de la matière face aux bonnes mœurs. Cette protection ne contredit pas l’émancipation du droit vis-à-vis de la morale. Les mœurs ne sont plus à l’initiative de la pénalisation. Seuls les individus le sont. En l’absence de victime en matière d’infractions sexuelles, le droit pénal se fait muet.

D’autre part, il convient d’interroger le déploiement de ces procédés de rationalisation. Peut-on généraliser les dispositifs expérimentés pour les infractions sexuelles à l’ensemble du droit pénal ? L’extension de ces procédés aboutirait à l’avènement d’un *droit pénal minimal*<sup>2014</sup>, limité dans sa substance et dans son rayonnement.

Expérimenter le *droit pénal minimal* permet d’étendre le raisonnement élaboré dans les limites de la sexualité à l’ensemble de la matière. Si en théorie l’objectif peut sembler louable (A), la pratique met toutefois en exergue certaines frontières à respecter (B).

### A. Les finalités de l’ignorance

**579. La morale minimale pour inspiration.** Recentrer le droit pénal autour des infractions sexuelles avec victime permet de se défaire de l’influence néfaste de la morale. Actuellement intégrées dans le domaine juridique, la reconquête des mœurs par le droit pénal consiste essentiellement à les ignorer. En effet, en absence de victime, seule la distinction hermétique entre ces domaines s’avère souhaitable.

L’idée d’un *droit pénal minimal* s’inspire de l’*éthique minimale* prônée par R. OGIEN, philosophe décédé en 2017<sup>2015</sup>. L’éthique minimale propose de réduire le domaine de la morale

---

<sup>2014</sup> En référence à la notion d’« éthique minimale » développée par R. OGIEN. Pour un approfondissement de cette philosophie, voir *infra* n° 594 s.

<sup>2015</sup> Voir *infra* n° 594 s.

de façon significative. L'essentiel de cette philosophie repose sur trois principes : l'indifférence morale du rapport à soi-même, la non-nuisance à autrui et l'égalité de chacun<sup>2016</sup>. Schématiquement, cette doctrine considère que ce qui ne nuit pas à autrui ne relève pas de la morale. Afin de mieux cerner l'inspiration issue de la philosophie de R. OGIER il est essentiel de revenir sur une notion centrale : autrui. Selon le philosophe, la victime ne saurait être une entité abstraite. Les dommages doivent être causés à des « personnes physiques, et non à ceux dont seraient prétendument "victimes" des entités abstraites ou imaginaires »<sup>2017</sup>. La société n'est donc pas une victime en elle-même. Reprenant les mots employés par J. S. MILL, « les offenses commises vis-à-vis des Dieux sont l'affaire des Dieux »<sup>2018</sup>. De même, le tort que nous nous faisons à nous-même n'a pas de couleur morale.

**580. Le développement d'un droit pénal minimal.** Immédiatement, le lien avec le droit pénal émancipé des mœurs apparaît. En effet, les infractions sexuelles doivent être réduites au minimum, c'est-à-dire, à celles causant une victime directe et certaine<sup>2019</sup>. Enfin, affranchies de la morale, les infractions sexuelles causant une victime doivent être évaluées à la lumière du principe de nécessité, nouvellement défini<sup>2020</sup>. Contrairement à la philosophie de R. OGIER, il ne s'agit pas là de réduire la morale mais de restreindre le droit pénal.

À l'image de la morale minimale<sup>2021</sup>, une part du droit pénal doit être réduite à l'existence d'un tort causé à autrui. Cette démarche de concentration de la matière pénale autour des victimes a donc été proposée en matière sexuelle. Cependant, si les mœurs sexuelles doivent nécessairement être extirpées du cadre juridique, peut-on appliquer ce même raisonnement à l'ensemble du droit pénal ? Peut-on souhaiter que la matière ignore tous les comportements qui ne portent atteinte à aucune victime directe ?

Il s'agit désormais d'interroger la transposition des développements exposés en matière sexuelle afin de savoir si une telle conception est transposable à la totalité de la matière pénale. J. S. MILL estimait que « la seule raison légitime que puisse avoir une communauté civilisée d'user de la force contre un de ses membres, contre sa propre volonté, est d'empêcher que du mal ne soit fait à autrui. Le contraindre pour son propre bien, physique ou moral, ne fournit pas

---

<sup>2016</sup> Pour le développement des critères, voir *infra* n° 596 s.

<sup>2017</sup> R. OGIER, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Folio, 2007, p. 78.

<sup>2018</sup> J. S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, 1990, p. 156.

<sup>2019</sup> Voir *supra* n° 380 s.

<sup>2020</sup> Voir *supra* n° 349 s.

<sup>2021</sup> Sur les notions d'éthique et de morale, voir *infra* n° 591 s.

une justification suffisante. On ne peut pas l'obliger ni à agir ni à s'abstenir d'agir, sous prétexte que cela serait meilleur pour lui ou le rendrait plus heureux ; parce que dans l'opinion des autres il serait sage ou même juste d'agir ainsi. Ce sont là de bonnes raisons pour lui faire des remontrances ou le raisonner, ou le persuader, ou le supplier, mais ni pour le contraindre ni pour le punir au cas où il agirait autrement. La contrainte n'est justifiée que si l'on estime que la conduite dont on désire le détourner risque de nuire à quelqu'un d'autre. Le seul aspect de la conduite d'un individu qui soit du ressort de la société est celui qui concerne autrui. Quant à l'aspect qui le concerne simplement lui-même son indépendance est, en droit, absolue. L'individu est souverain sur lui-même, son propre corps et son propre esprit »<sup>2022</sup>. L'auteur exprime ainsi le rejet d'un État chargé de diriger les individus qui ne blessaient pas autrui. La perte individuelle ne concerne pas les instances publiques qui doivent se limiter à intervenir pour protéger les citoyens mis en danger par autrui.

Néanmoins, cette philosophie semble anéantir la totalité du droit pénal, érigé sur la protection de l'ordre public dans ce qu'il a de plus abstrait. Ainsi, préconiser un droit pénal minimal risque de fourvoyer le sens profond de la matière. Le respect de l'essence du droit pénal dépendra de l'application qui pourrait être faite de cette ignorance.

## **B. Les applications de l'ignorance**

**581. La forme de l'ignorance.** Les infractions sexuelles font régulièrement office d'expérimentation. Le législateur n'hésite pas à tester en matière sexuelle un droit exceptionnel qui deviendra plus tard la norme. De fait, usant de ce même processus, la sexualité est apparue comme l'un des domaines à privilégier afin d'amorcer l'indifférence de l'ensemble du droit pénal au regard des mœurs **(1)**. Désormais, la question se pose de savoir s'il s'agissait d'un avant-gout destiné à irriguer l'ensemble de la matière. Immédiatement, la perspective d'atteindre l'ensemble du droit pénal par les propositions exposées plus avant signale certaines limites à ne pas franchir. Si la transposition de cette volonté peut prendre différentes formes, peu d'entre elles respectent réellement l'esprit du droit pénal **(2)**.

---

<sup>2022</sup> J. S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, 1990.

1. *La sexualité, domaine privilégié*

Rapidement, la nécessité de limiter l'influence de la morale sur les infractions sexuelles s'est imposée. Pour ce faire, il s'agissait notamment de supprimer les infractions sans victime<sup>2023</sup>. Cette première étape, décisive dans le processus de reconquête, rejoint l'idée prônée par l'éthique minimale. Ainsi, c'est pour cette raison que le philosophe R. OGIEN est au centre de la démonstration. La notion de victime est également le pivot de sa réflexion, notamment lorsqu'il s'agit de comportements sexuels. L'angle philosophique vient enrichir la réflexion juridique.

**582. Le berceau de l'application du droit pénal minimal.** Si la rationalisation de cette pénalisation boulimique s'est imposée sans heurt, c'est avant tout parce que la sexualité est, par définition, le lieu d'expression de l'intime. Son aspect personnel ne fait aucun doute. Protégée par la notion de vie privée, la sexualité varie à l'image des choix individuels, elle fluctue d'un individu à l'autre. Impossible de normaliser un seul et même chemin de vie, impossible de valoriser une seule et même sexualité à exercer. Pourtant, ce domaine est celui où s'exerce le plus aisément l'influence de la morale notamment à travers l'usage régulier du droit pénal. Berceau de la normativité, les infractions sexuelles diffusent certaines idées propres à un temps et un espace donnés. L'influence des mœurs sexuelles sur le droit pénal est à la fois la plus visible, mais également le plus nécessaire à circonscrire<sup>2024</sup>. L'ignorance des mœurs par la matière pénale s'impose ainsi dans le microcosme de la sexualité sans difficulté.

**583. Un échantillon régulièrement exploité.** Le procédé qui consiste à tester de nouvelles mesures au sein d'un échantillon prédéfini n'est pas surprenant en droit pénal. Au contraire, ce dispositif est récurrent. Sans étonnement, les infractions sexuelles sont régulièrement l'un des espaces privilégiés pour tester des nouveautés. L'usage des infractions sexuelles comme avant-goût de la normalité n'est pas précurseur.

À titre d'exemple, le FIJAISV<sup>2025</sup> était initialement destiné aux auteurs d'infractions sexuelles. Toutefois, un an après son entrée en vigueur, le FIJAIS, fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles, se transforme en FIJAISV, fichier judiciaire national

---

<sup>2023</sup> Voir *supra* n° 349 s.

<sup>2024</sup> Voir *supra* n° 345 s.

<sup>2025</sup> Sur ce fichier voir *supra* n° 159 s.

automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violents<sup>2026</sup>. La liste des infractions se développe par la modification de l'article 706-47 du Code de procédure pénale auquel fait directement référence l'article 706-53-1 du même Code, relatif au FIJASV. Suite à ce changement de terminologie, les infractions concernées prolifèrent. Le meurtre ou l'assassinat commis avec tortures ou actes de barbarie, les tortures ou actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale sont désormais visés par le fichier<sup>2027</sup>. Le domaine sexuel, n'était qu'une première étape destinée à susciter un bon accueil de la part de l'opinion publique.

De même, initialement, le fichier national automatisé destiné à centraliser et à stocker les traces et empreintes digitales (FNAED) des personnes condamnées dont l'objet était au départ similaire, puisque ce dernier se concentrait autour des crimes ou des délits sexuels<sup>2028</sup>. Aujourd'hui, le fichier concerne de multiples infractions, allant des incriminations de nature sexuelles, aux crimes contre l'humanité, la traite des êtres humains, en passant par les atteintes aux biens, celles aux intérêts fondamentaux de la nation, actes de terrorisme, association de malfaiteurs, le trafic d'arme, le recel, le blanchiment<sup>2029</sup>...

De la même façon, l'injonction de soin proposée dans le cadre du suivi socio-judiciaire concernait initialement les auteurs d'infractions sexuelles<sup>2030</sup>. Rapidement, les auteurs d'autres infractions ont rejoint le banc des malades à soigner. La loi du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales<sup>2031</sup> et la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance ont étendu le cadre du suivi socio-judiciaire. Ainsi, bien qu'ils soient généralement les plus visés, les auteurs d'infractions sexuelles ne sont plus

---

<sup>2026</sup> Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, *JO* du 13 décembre 2005.

<sup>2027</sup> Sur ce sujet voir *supra* n° 159 s.

<sup>2028</sup> 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, *JO* du 18 juin 1998, article 28 : « Art. 706-54. - Il est créé un fichier national automatisé destiné à centraliser les traces génétiques ainsi que les empreintes génétiques des personnes condamnées pour l'une des infractions visées à l'article 706-47 en vue de faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions sexuelles ».

<sup>2029</sup> Pour une vision exhaustive voir l'article 706-55 du Code de procédure pénale.

<sup>2030</sup> Voir *supra* n° 166 s.

<sup>2031</sup> Désormais, sont également visés les crimes d'atteinte volontaire à la vie des personnes : meurtre, meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime, assassinat, meurtre aggravé, empoisonnement (article 221-9-1 du Code pénal qui renvoie aux articles 221-1 à 221-5-3 du Code pénal) ; les crimes d'enlèvement et de séquestration (article 224-10 du Code pénal qui renvoie aux articles 224-1 à 224-5-2 du Code pénal) ; les tortures ou actes de barbarie (article 222-48-1 du Code pénal) ; ainsi que la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, ainsi que le fait de diffuser par tout moyen des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction (article 322-18 du Code pénal qui renvoie aux articles 322-6 à 322-11 du Code pénal).

exclusivement concernés par cette mesure<sup>2032</sup>. Les crimes d'atteinte volontaire à la vie des personnes tels que le meurtre, le meurtre qui précède, accompagne ou suit un autre crime, assassinat, le meurtre aggravé, l'empoisonnement<sup>2033</sup>, les crimes d'enlèvement et de séquestration<sup>2034</sup>, les tortures ou actes de barbarie<sup>2035</sup> ont rejoint les infractions concernées<sup>2036</sup>... En parallèle, certaines atteintes aux biens peuvent également faire l'objet d'un suivi socio-judiciaire. Désormais, la destruction, dégradation ou détérioration d'un bien par une substance explosive, un incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes, ainsi que le fait de diffuser par tout moyen des procédés permettant la fabrication d'engins de destruction peuvent donner lieu à une telle condamnation<sup>2037</sup>. Progressivement, l'exception devient la norme. Le traitement que l'on réservait à *l'ennemi*<sup>2038</sup> finit par s'étendre aux délinquants dans leur ensemble.

Ces quelques exemples nous enseignent que le domaine sexuel est un microcosme destiné à devenir macrocosme. Il est généralement possible de prédire que ce qui est testé à son niveau a vocation à rejoindre le régime général. Cette exploitation du domaine sexuel en tant que terreau propice à l'extension est fréquemment exploitée par le législateur. Bien que cela ne soit pas toujours opportun la démarche interroge quant à la possibilité d'étendre l'échantillon proposé par ces travaux à l'ensemble du droit pénal.

## 2. La sexualité, domaine extensible

L'extension des tentatives développées au sein des infractions sexuelles peut prendre plusieurs formes. Tout d'abord, il est envisageable de proposer la concentration du droit pénal autour des victimes physiques et directes. Puis, en s'inspirant du cheminement effectué en matière

---

<sup>2032</sup> 90 % des injonctions de soins qui sont prononcées concernent des infractions sexuelles (ONDRP, *État des lieux d'un dispositif de soins pénalement ordonnés : l'injonction de soins*, Grand angle n° 49, novembre 2018).

<sup>2033</sup> L'article 221-9-1 du Code pénal renvoie aux articles 221-1 à 221-5-3 du Code pénal.

<sup>2034</sup> L'article 224-10 du Code pénal renvoie aux articles 224-1 à 224-5-2 du Code pénal.

<sup>2035</sup> Article 222-48-1 du Code pénal.

<sup>2036</sup> La loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, JO du 7 mars 2007, a soumis au suivi socio-judiciaire les actes de violence contre les personnes commis par le conjoint ou ex-conjoint ou le concubin ou ex-concubin de la victime ou le partenaire ou ex-partenaire lié à celle-ci par un pacte civil de solidarité (article 222-48-1 du Code pénal) ; les actes de violence commis sur un mineur de quinze ans, par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime. Par ailleurs le suivi socio-judiciaire est obligatoire en matière correctionnelle, sauf décision contraire de la juridiction, si ces violences sont commises de manière habituelle (art. 222-48-1 du Code pénal) ; le délit de propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique, aggravé si ces propositions sont suivies de rencontre (articles 227-22-1 et 227-31 du Code pénal).

<sup>2037</sup> L'article 322-18 du Code pénal renvoie aux articles 322-6 à 322-11 du Code pénal.

<sup>2038</sup> Voir *supra* n° 322 s.

sexuelle, il est possible de présenter certaines limites à l'extension morale du droit pénal en restreignant l'existence des infractions matérielles à celles engendrant des victimes réelles. Enfin, une ultime possibilité, bien plus mesurée, consisterait à limiter l'usage expressif et normalisateur du droit pénal, sur le même modèle que celui développé en matière sexuelle par la valorisation du principe de nécessité.

**584. Une première conception excessive.** Une première conception tendant à transposer le processus développé en matière sexuelle à l'ensemble du droit pénal suppose de réduire l'ensemble de la matière aux infractions qui nuisent à autrui. Pour ce faire, encore faut-il s'entendre sur la notion d'« autrui » et rejeter son acceptation symbolique. En effet, « autrui » ne saurait être une entité abstraite ou imaginaire. Selon cette conception, refuse de condamner les atteintes à Dieu, à la Patrie, la religion, aux drapeaux, aux hymnes nationaux ou encore aux « bonnes mœurs ». De même, la société appert comme une entité abstraite par excellence. De fait, en transposant cette conception, la majeure partie du livre IV du Code pénal devrait disparaître. Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique regroupent de nombreuses infractions sans victime telles que la participation délictueuse à un attroupement<sup>2039</sup>, les manifestations illicites<sup>2040</sup>, la distribution d'argent à des fins publicitaires sur la voie publique<sup>2041</sup>.

Par ailleurs, selon cette conception, la pénalisation des activités auxquelles nul n'a été contraint de participer et qui ne causent aucun dommage direct ne pourrait perdurer. En effet, ces conduites ne sont pas ressenties comme des dommages directs. Si l'infraction suppose autrui, impossible de commettre un dommage contre soi-même. L'application de cette maxime empêcherait la pénalisation du suicide certes, mais également la répression relative à la consommation de stupéfiants. Cette conception semble d'ailleurs partagée par H. ARENDT pour qui les lois ne devraient jamais nous protéger de nous-mêmes. L'émergence « du raisonnement moralisateur, qui dépasse le concept d'injustice perpétrée contre autrui, constitue toujours une agression contre la liberté »<sup>2042</sup>. Allant même plus loin, l'auteur affirme que « tant que le morphinomane ne devient pas un criminel, cela ne regarde personne »<sup>2043</sup>.

---

<sup>2039</sup> Articles 431-3 et suivants du Code pénal.

<sup>2040</sup> Articles 431-9 et suivants du Code pénal.

<sup>2041</sup> Articles 431-29 et suivants du Code pénal.

<sup>2042</sup> A. ARENDT, *Journal de pensée (1950-1973)*, Seuil, 2005.

<sup>2043</sup> *Ibidem*.



Partant, rejeter la société en ce qu'elle représente une entité abstraite induit un rejet complet de la matière pénale. Selon cette conception, l'usage de ce droit serait conditionné à l'existence d'une victime humaine. Or, la victime n'est que très secondaire en droit pénal bien que sa position suggère le développement protéiforme de la matière en lui conférant une fonction cathartique<sup>2044</sup>. Limiter le droit pénal à l'existence de la souffrance d'autrui contredit l'esprit de la matière. Une stricte lecture de ces concepts remet en question la totalité du droit pénal, avant tout fondé sur la protection de la société et de l'ordre public. Le principe de nécessité ne se limite pas à l'existence d'une victime<sup>2045</sup>. En présence d'un vide juridique, tout comportement antisocial doit être appréhendé si ce dernier ne peut être contenu par un autre dispositif. Or, la victime n'est pas la seule révélatrice d'un comportement antisocial. Toute atteinte de nature à heurter la société de façon conséquente doit être réprimée<sup>2046</sup>.

De fait, cette conception apparaît extrêmement rigide. Afin que son application soit cohérente, cela impliquerait la disparition totale des infractions formelles ou obstacles puisqu'il s'agit d'une anticipation, parfois très éloignée d'une potentielle victime extérieure. La conduite en état d'ivresse<sup>2047</sup> ne cause *a priori* aucun dommage à autrui. De même, le port d'arme<sup>2048</sup> ou l'accès frauduleux dans un système de traitement automatisé de données<sup>2049</sup> ne blesse aucune victime directe et extérieure. Néanmoins, cet objectif louable de protéger les individus implique parfois d'anticiper et d'agir avant l'existence d'une victime effective. Punir ces comportements tend à précéder la commission d'une infraction matérielle. Les risques immédiats pour la société sont suffisamment tangibles pour nécessiter une pénalisation. De la même manière, cette volonté de limiter le droit à l'existence d'une victime pourrait exiger l'existence d'une plainte de cette dernière. Comment supposer l'existence d'une victime sans que celle-ci ne se manifeste ? En effet, la plainte matérialise le fait que la victime se ressent en tant que telle. Or, une nouvelle fois, la matière pénale serait entièrement déconstruite. De plus, cette exigence ne laisserait place à aucune anticipation. Ignorant le caractère antisocial de l'individu au profit de l'éventuelle indulgence de la victime, rien ne permettrait de se prémunir contre de potentielles victimes à venir. Une nouvelle fois, le principe de nécessité serait ignoré. Cette lecture de la morale minimale apparaît trop rigide. Elle doit donc être écartée.

---

<sup>2044</sup> Voir *supra* n° 270 s.

<sup>2045</sup> Ce principe a été défini *supra* n° 349 s.

<sup>2046</sup> Voir *supra* n° 355.

<sup>2047</sup> Article L. 234-1 du Code de la route.

<sup>2048</sup> Article 222-53 du Code pénal.

<sup>2049</sup> Article 323-1 du Code pénal.

Si l'État doit éviter autant que possible d'être paternaliste, certaines de ses interventions sont toutefois légitimes, notamment lorsqu'elles se fondent sur une appréhension concrète et objective des risques. Cette extension des principes appliqués aux infractions sexuelles apparaît démesurée. Si ce procédé fonctionne en la matière c'est avant tout parce que la punition des comportements sans victime n'est pas animée par une volonté de protection, mais par un souhait de moralisation<sup>2050</sup>.

**585. Une deuxième conception admissible.** Alors que la première conception est évidemment excessive, peut-on simplement souhaiter limiter les infractions matérielles à l'existence d'une victime ? Il s'agirait donc de dépénaliser les infractions matérielles dès lors que la victime est soit abstraite, soit consentante, soit confondue avec l'auteur de l'infraction. Cette interprétation permettrait d'affirmer le rejet de la fonction expressive et normalisatrice du droit pénal sans pour autant assumer une remise en cause profonde de la matière. De fait, même en étirant les dispositions développées pour les infractions sexuelles, les comportements à dépénaliser seraient moindres.

L'application de cette théorie permettrait de justifier la dépénalisation des infractions sexuelles sans victime, mais également d'étendre ce phénomène à la détention ou à l'usage de stupéfiants<sup>2051</sup>, ou encore au délit d'outrage à l'hymne national ou au drapeau français<sup>2052</sup>, la fraude fiscale<sup>2053</sup>... Cette volonté conduit à responsabiliser les individus dans leurs choix personnels comme cela fut proposé en matière d'infractions sexuelles<sup>2054</sup>. La fonction expressive de la loi pénale étant inefficace<sup>2055</sup> sa limitation apparaît nécessaire. Le symbole doit disparaître derrière l'essence même de la matière qui tend finalement à protéger les individus, *substratum* de l'ordre public. Néanmoins, distinguer la protection de l'expression apparaît délicat.

---

<sup>2050</sup> Voir *supra* n° 177 s.

<sup>2051</sup> Article 222-37 du Code pénal : « Le transport, la détention, l'offre, la cession, l'acquisition ou l'emploi illicites de stupéfiants sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende.

Est puni des mêmes peines le fait de faciliter, par quelque moyen que ce soit, l'usage illicite de stupéfiants, de se faire délivrer des stupéfiants au moyen d'ordonnances fictives ou de complaisance, ou de délivrer des stupéfiants sur la présentation de telles ordonnances en connaissant leur caractère fictif ou complaisant.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article ».

<sup>2052</sup> Article 433-5-1 du Code pénal : « Le fait, au cours d'une manifestation organisée ou réglementée par les autorités publiques, d'outrager publiquement l'hymne national ou le drapeau tricolore est puni de 7 500 euros d'amende.

Lorsqu'il est commis en réunion, cet outrage est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ».

<sup>2053</sup> Article 1741 du Code général des impôts.

<sup>2054</sup> Voir *supra* n° 380 s.

<sup>2055</sup> Voir *supra* n° 291 s.

La pénalisation de l'usage de stupéfiant n'est-elle pas, au même titre que l'obligation du port de la ceinture de sécurité, une infraction formelle ? Il est permis de se demander si la répression est contenue dans le simple usage de stupéfiants ou si celle-ci émane des risques inhérents à la consommation de stupéfiants. Craint-on seulement l'individu qui, chez lui, consomme de la drogue, ou anticipe-t-on les potentielles dommages qui pourraient en résulter, notamment des actes de violences ? Concevoir la pénalisation de l'usage de stupéfiants comme une infraction formelle n'est pas si évident. En effet, si les situations similaires doivent être traitées de façon similaire<sup>2056</sup>, rien n'interdit l'alcool à condition que son utilisation ne se manifeste pas sur la voie publique<sup>2057</sup>. Pourtant, les risques se recoupent aisément. Il apparaît alors que rien ne permet de justifier l'interdiction concernant l'usage de stupéfiants<sup>2058</sup> ou la détention d'arme<sup>2059</sup>.

Néanmoins envisager un droit pénal dépourvu d'infractions matérielles sans victime questionne quant aux limites à dresser. Rapidement des frontières s'imposent et semblent délicates à trouver sans plonger de nouveau dans les appréciations subjectives. Bien qu'étant plus raisonnable que la première conception, ce raisonnement présente également certains dangers. Selon une stricte application de cette démonstration, le cannibalisme devrait être autorisé si chaque participant donne son consentement. Certes, il s'agit là d'un exemple extrême, toutefois, ce dernier laisse aisément transparaître les limites du raisonnement. En effet, ce comportement n'engendre *a priori* aucune victime. Or, il appert difficile d'imaginer une telle évolution de la matière pénale. Cela reviendrait à contredire les principes ayant permis de favoriser la libération des infractions sexuelles vis-à-vis de la morale, notamment leur caractère réversible<sup>2060</sup>. La stricte application de ce principe est épineuse car dans certains cas, il sera trop tard pour apprécier la réalité du consentement. Aussi, peut-être est-il possible de s'inspirer des infractions sexuelles de façon plus mesurée, notamment en limitant l'usage de la fonction expressive du droit pénal pour elle-même, sans pour autant glisser dans l'appréciation nébuleuse liée à l'existence d'une victime pour l'ensemble de la matière.

---

<sup>2056</sup> Il s'agit de l'un des critères exposés par la philosophie de l'éthique minimale, voir *infra* n° 594 s.

<sup>2057</sup> Selon l'article R. 3353-1 du Code de la santé publique : « Le fait de se trouver en état d'ivresse manifeste dans les lieux mentionnés à l'article L. 3341-1 est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2e classe ».

<sup>2058</sup> Précisons que l'article 43 de la loi de financement de la sécurité sociale 2020 prévoit qu'« à titre expérimental, pour une durée de deux ans, l'État peut autoriser l'usage médical du cannabis sous la forme de produits répondant aux standards pharmaceutiques » (Loi n° 2019-1446 du 24 décembre 2019 de financement de la sécurité sociale pour 2020, *JO* du 27 décembre 2019). Sur le sujet voir notamment R. COLSON, « Cannabis thérapeutique : légalisation par la loi de financement de la sécurité sociale », *D.* 2020, p. 21 s.

<sup>2059</sup> Articles 222-52 s. du Code pénal.

<sup>2060</sup> Voir *supra* n° 398.

**586. Une ultime conception, entre mesure et utilité.** User de la victime en tant que pivot central du droit pénal ou des infractions matérielles ne saurait convaincre. Trop nombreuses sont les potentielles instrumentalisation qui pourraient en être faites. De même, l'appréciation du consentement de la victime pourrait être difficile à sonder lorsque cette dernière a accepté de se faire manger. Là où les infractions sexuelles permettraient de protéger la victime, notamment en raison du potentiel retrait de consentement, une extension démesurée de ce principe ne le permettrait pas.

Aussi, une dernière alternative semble envisageable. En s'inspirant de ce qui fut préalablement proposé, il est permis de limiter l'explosion des infractions expressives, uniquement destinées à faire état d'une certaine morale. Cette volonté, fut appliquée concernant les infractions sexuelles, notamment en valorisant la suppression de l'inceste au sein du Code pénal<sup>2061</sup>. Son extension et sa généralisation apparaissent désormais essentielles. L'usage de la fonction expressive pour elle-même est particulièrement dommageable en la matière. En proie à une opinion publique virulente, le législateur est régulièrement sollicité pour légaliser un terme non juridique, au nom du symbole ou créer des infractions au mépris de la nécessité. Si l'objectif est louable, cela détourne la matière de son objet principal.

Tel fut récemment le cas concernant le débat autour de l'entrée au sein du Code pénal du terme *féminicide*<sup>2062</sup>. Depuis plusieurs décennies, le terme s'est insinué au sein de l'ONU<sup>2063</sup> avant que la Commission des droits de la femme et de l'égalité des genres du Parlement européen ait incité les États membres de l'Union européenne à qualifier juridiquement ce terme. La CEDH a également usé du terme « féminicide » dans un arrêt au sein duquel elle condamne l'Italie en affirmant qu'« en sous-estimant, par leur inertie, la gravité des violences litigieuses, les autorités italiennes les ont en substance cautionnées », « que, nonobstant les réformes entreprises, un nombre important de femmes meurent assassinées par leur compagnon ou par

---

<sup>2061</sup> Voir *supra* n° 377 s.

<sup>2062</sup> Voir *supra* n° 242 ; Voir notamment E. LERAY et E. MONSALVE, « Un crime de féminicide en France ? À propos de l'article 171 de la loi relative à l'égalité et à la citoyenneté », *La Revue des droits de l'homme*, 10 février 2017 ; C. LE MAGUERESSE, « Faut-il qualifier pénalement le féminicide ? », *Dalloz actualité*, 18 septembre 2019 ; K. GARCIA, « Peut-on imaginer une infraction de féminicide en France ? », *The Conversation*, 23 février 2017 ; P. JANUEL, « Féminicide : rapport de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale », *D.* 2020, p. 391 s.

<sup>2063</sup> Assemblée générale des Nations-Unies, résolution adoptée par l'assemblée générale le 18 décembre 2013 appelant à l'adoption de mesures contre les meurtres sexistes de femmes et de filles, disponible sur : <https://undocs.org/fr/A/RES/68/191> (dernière consultation le 31 août 2021) ou au sein du rapport de R. MANJOO, rapporteure spéciale sur la violence contre les femmes, ses causes et ses conséquences sur les « *gender-related killings of women* », disponible sur : <https://undocs.org/A/HRC/20/16> (dernière consultation le 31 août 2021).

leur ancien compagnon (fémicides) »<sup>2064</sup>. De même, certaines déclarations publiques de magistrats tendent à pencher vers cette consécration. Aussi, la procureure d'Auch soutient l'immixtion du terme dans le Code pénal et déclare que « parler de féminicide, c'est montrer que ça n'a rien de romantique »<sup>2065</sup>. Le droit pénal doit donc « montrer »... Cette conception ignore le principe de nécessité en se focalisant sur la fonction symbolique et expressive de la loi pénale.

À cet égard, au sein du rapport de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale, la rapporteur F. LAZAAR s'est prononcée en faveur de la diffusion du terme tout en mettant en exergue son hostilité face à l'inscription du concept dans le droit pénal<sup>2066</sup>. Rassurante, cette position témoigne d'une possibilité d'étendre ce qui fut prôné au sein de la sphère sexuelle, à savoir le rejet de l'expressif à l'initiative de la pénalisation. En quelque matière que ce soit, le droit pénal ne saurait se limiter à son rôle symbolique. Son objet n'est pas d'exprimer pour exprimer au risque de se fourvoyer. Ce rapport parlementaire fait état de la possibilité de faire autrement, notamment par l'usage d'une résolution. La reconnaissance de certaines situations choquantes doit emprunter d'autres voies que le Code pénal. Ainsi, la stricte application du principe de nécessité permet d'effectuer un premier tri au sein des incriminations.

En définitive, la rationalisation des infractions sexuelles peut inspirer l'ensemble du droit pénal. La volonté de limiter la fonction expressive doit traverser la matière. Nous aurions tort de la restreindre au microcosme sexuel car cet usage est de nature à s'immiscer dans tous les recoins du Code pénal, dès qu'une situation, telle que les féminicides ou les outrages sexistes, heurte la bonne conscience collective. Le rejet de la fonction expressive de droit pénal est essentiel car celui-ci permet d'éviter que la matière ne s'égaré aux flots d'une opinion publique indignée. Revenir inlassablement au principe de nécessité permettra d'enrichir la matière que de ce qui lui est nécessaire. De fait, sur ce point, les infractions sexuelles pourraient s'apparenter à un échantillon destiné à devenir une norme.

**587. Conclusion de la Section 1.** Il était nécessaire de s'intéresser aux conséquences de la rationalisation proposée plus avant. Tout d'abord, si le droit pénal doit s'émanciper de la morale

---

<sup>2064</sup> CEDH 2 mars 2017, n° 41237/14, *Talpis c/ Italie* ; D. 2018. 919, obs. REGINE.

<sup>2065</sup> Y. BOUCHEZ et L. de FOUCHER, « "Féminicide", ce terme qui embarrasse la magistrature », *Le Monde*, 23 août 2019.

<sup>2066</sup> Disponible sur : [http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ega/115b2695\\_rapport-information](http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/rapports/ega/115b2695_rapport-information) (dernière consultation le 31 août 2021).

sexuelle, peut-il punir ceux qui méprisent les mœurs qui ne seraient pas conformes à la morale collective ? Cette proposition a immédiatement nécessité que l'on rejette l'usage d'un droit pénal expressif, uniquement destiné à promouvoir l'autonomie personnelle. Une telle utilisation de la matière aurait malmené les développements précédents en recréant une dynamique dangereuse, celle de faire du droit pénal un outil symbolique au dépend de son objet répressif. Toutefois, à l'image de la pénalisation de la discrimination et de la circonstance aggravante générale relative aux mobiles *sexistes*<sup>2067</sup>, la protection des mœurs dissidentes apparaît inévitable. Partant, il ne s'agit pas de promouvoir l'autonomie personnelle mais davantage de protéger ceux qui la pratiquent et qui pourraient être victimes de la morale collective. La vulnérabilité dans laquelle peuvent se trouver plonger les individus qui ne partagent pas la normalité conduit le droit à les protéger, comme il le fait d'ores et déjà en matière raciale ou religieuse. La matière pénale est avant tout protectrice de l'ordre public. Il est donc de son devoir de protéger ses citoyens contre les violences animées par une certaine bien-pensance. Aussi, la notion de « pratiques sexuelles réelles ou supposées » pourrait intégrer les articles 132-77 et 225-1 du Code pénal. Préalablement défini, cet ajout permettrait de rééquilibrer les forces entre les partisans de mœurs sexuelles dissidentes, ne causant évidemment aucune victime au risque de devenir une infraction, et ceux adhérant à la morale collective.

Parallèlement, la démonstration fut poussée dans une autre direction. Partant du constat suivant lequel les infractions sexuelles ont régulièrement tendance à faire office de laboratoire pour la matière pénale, la possibilité de reprendre cette tendance naturelle fut interrogée. À cet égard, plusieurs voies se sont offertes et peu semblaient conformes au sens du droit pénal. Restreindre la matière à l'existence d'une victime en matière sexuelle ne saurait être satisfaisant pour l'ensemble du droit pénal. En effet, la matière pénale permet d'assurer le respect de l'ordre public et à cet égard, elle peut être amenée à punir des comportements sans victime. Toutefois, une limite proposée pour les infractions sexuelles semble infranchissable et transposable à l'ensemble de la matière. Il s'agit du strict respect de la nécessité préalablement définie. Finalement, seul le rejet du droit pénal expressif pourrait être étendu. Cette volonté permettrait de faire échec à l'usage symbolique de la matière dont les interrogations relatives au terme de *féminicide* offrent un parfait exemple récent. Finalement, le microcosme sexuel conserve une

---

<sup>2067</sup> Il est courant de parler de circonstances aggravantes sexistes alors que celles-ci se réfèrent aux mobiles fondés sur le sexe, l'orientation sexuelle ou l'identité de genre de la victime.

certaine spécificité bien qu'il soit possible d'étendre la redéfinition du principe de nécessité et son application.

Le droit pénal minimal n'est pas à exclure et certaines possibilités semblent à exploiter, par-delà la restriction de l'influence des mœurs sexuelles. Désormais, l'étude de l'éthique minimale permet de révéler une autre fin possible, remettant en question l'existence même de la consistance des mœurs sexuelles.

## Section 2 – Vers une éthique minimale

**588. De l'affirmation à l'aspiration.** Afin d'étudier l'opportunité de promouvoir un *droit pénal minimal*, la notion d'éthique minimale, développée par R. OGIEN s'est révélée inspirante. L'intérêt de s'attarder précisément sur cette philosophie réside à la fois dans la proximité temporelle puisque l'auteur a été confronté aux mêmes problématiques contemporaines, mais également dans la proximité réflexive qui interroge la morale à la lumière de l'absence de victime. Succinctement, selon l'auteur, ce qui ne nuit pas à autrui ne relève pas de la morale. Inquiétante, cette affirmation conduirait à soutenir que l'étude entre le droit pénal et les mœurs sexuelles telles qu'elles sont ici conçues, est impossible car, tout ce qui a permis de révéler l'influence de la morale serait, selon l'auteur, justement ce qui permet d'en faire des domaines amoraux.

Partant, deux alternatives se détachent. La première consisterait à affirmer que ces travaux partent d'un postulat erroné et qu'il s'agit donc d'un *non-sujet*. Les comportements sexuels sans victime ne relèvent pas de la morale, impossible de les étudier sous cet angle. Toutefois, il semble difficile d'admettre une telle affirmation. La société actuelle adhère davantage à un maximalisme moral<sup>2068</sup>. Les relations sexuelles sont au centre de postulats moraux dont on ne saurait nier l'existence. La seconde possibilité, tend à affirmer que ces comportements sans victime *ne devraient pas* intégrer la morale. Dès lors, le vertige se déplace. Si ces comportements ne relèvent ni du droit, ni de la morale, alors, le vide se fait. Face à celui-ci, l'individu est alors contraint à la liberté. Il est le seul à pouvoir déterminer les pratiques sexuelles auxquelles il décide d'adhérer.

---

<sup>2068</sup> Pour une appréhension plus précise de cette notion voir *infra* n° 594 s.

À partir de l'éthique minimale, la consistance des relations sexuelles sera étudiée. Un retour théorique sur la question d'éthique et, plus particulièrement, sur la notion d'éthique minimale (§1) permettra d'aborder les conséquences de cette adhésion à la philosophie développée par R. OGIEN (§2).

## § 1 – L'étude de la théorie

**589. Élévation d'un cadre théorique.** Il n'est guère surprenant que ces développements aboutissent à l'étude de l'éthique minimale en ce qu'elle offre la possibilité d'amener un peu plus loin le raisonnement. Cette philosophie propose d'étendre les chemins de la liberté. Après avoir recentré le droit et la pénalisation des infractions sexuelles autour de la notion d'autrui et celle de victime, ce même procédé en matière morale sera effectué. Puisque le domaine juridique conduit à questionner de nombreux domaines, il convient d'achever cette réflexion par celui qui anime ce travail, le domaine moral.

L'approfondissement de l'éthique minimaliste enjoint à situer la théorie de l'éthique minimale parmi la philosophie morale (A) avant de développer plus avant les différents critères sur lesquels elle repose (B).

### A. Appréhension de la notion

**590. De l'éthique à l'éthique minimale.** Afin de présenter l'éthique minimale, encore faut-il tracer ses contours philosophiques. Un rapide retour sur la notion d'éthique et sur les différentes philosophies qui s'y rencontrent (1), permettra de plonger dans la morale minimale et ses aspirations (2).

#### 1. *Effleurement de la notion d'éthique*

**591. Rappel étymologique.** Avant même d'entrer plus avant au sein de la philosophie morale, une clarification des termes s'impose. En effet, comment s'emploient en philosophie la « morale » et l'« éthique » ? Recouvrent-ils un champ similaire ? Sont-ils interchangeables ou au contraire, signifient-ils deux réalités distinctes ? Étymologiquement, la notion d'éthique vient du grec *ethos* qui signifie « morale » et du latin *mores* qui signifie « mœurs ». L'origine



des termes semblent donc se recouper. Toutefois, un mouvement de différenciation s'est amorcé en philosophie. L'éthique et la morale ne recouvreraient pas une même réalité. Deux distinctions principales voient le jour. D'une part, l'éthique permettrait d'étudier un rapport de soi à soi, alors que la morale se référerait au rapport entre soi et les autres ou simplement entre les autres. D'autre part, la morale ferait état d'un ensemble de valeurs qui permettrait de différencier le bien du mal. La morale serait ainsi composée de maximes, de principes. À l'inverse, l'éthique répondrait à un penchant plus pratique en proposant des façons de bien agir. Cet aspect confère à la notion d'éthique une connotation scientifique, là où la morale renvoie à des idées d'origine religieuse. À cet égard, il n'est pas étonnant de voir proliférer l'usage du terme « éthique » et la disparition de la « morale » dans la terminologie contemporaine.

Néanmoins, ces distinctions sont fragiles. La distinction entre la morale et l'éthique préoccupe à tel point que rien ne permet de trancher avec une rigueur imparable l'utilisation idoine de ces deux termes. Les philosophes n'en ont pas fini avec ces questions terminologiques. Puisque l'éthique et la morale n'ont pas de champ spécialement distinct l'un de l'autre et se rejoignent sans cesse, les deux termes seront conçus en tant que synonymes. Aussi, à l'instar de R. OGIEN, ces deux expressions seront utilisées alternativement.

**592. Variations autour de la philosophie morale.** Au-delà de ces difficultés lexicales, la philosophie morale peut être abordée de différentes manières<sup>2069</sup>. Il existe tout d'abord l'éthique normative dont la vocation est prescriptive. Cette philosophie consiste à dévoiler ce qu'il faut faire ou ne pas faire, ce qui est bien ou ce qui ne l'est pas. En parallèle se situe la méta-éthique. Cette discipline est descriptive. Elle ne se demande pas ce qui est bien ou mal mais ce que signifie le bien ou le mal. La méta-éthique propose d'identifier les caractères spécifiques du jugement moral en comparaison à d'autres jugements, esthétiques, factuels... Enfin, une troisième variation réside dans l'éthique appliquée qui tend à déterminer quel comportement adopter dans une situation précise, comment se positionner face à des questions concrètes telles que la peine de mort, l'euthanasie, le clonage ou la prostitution.

L'éthique minimale se situe à la croisée des chemins. Fondée sur une philosophie d'étude normative, R. OGIEN ne cesse de jongler entre des concepts de méta-éthique et des exemples d'éthique appliquée. Comme le souligne l'auteur lui-même, sa philosophie « utilise des moyens très hétéroclites pour justifier [son] point de vue : des arguments de type logique, des références

---

<sup>2069</sup> Sur le sujet voir notamment M. CANTO-SPERBER et R. OGIEN, *La philosophie morale*, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2017.

aux principes élémentaires du raisonnement moral, des analyses de fragments de théories morales, des expériences de pensée, des exemples concrets, etc. »<sup>2070</sup>.

**593. Des hommes et des courants.** La réflexion autour de la morale s'appuie sur un large héritage. Depuis le monde antique, des valeurs nous parviennent, notamment celle du stoïcisme et sa recherche de l'autonomie rationnelle, de la vie intellectuelle et de la réussite de la vie personnelle. Les préceptes d'ARISTOTE et de la morale eudémonique transparaissent également à travers l'idée que le bien agir et la vertu mène au bonheur<sup>2071</sup>. L'héritage du christianisme façonne aussi une certaine conception de la morale. La religion fait émerger l'égalité entre les êtres humains et la reconnaissance de la valeur de la vie humaine. Puis, vient le tour de la morale déontologique incarnée par KANT<sup>2072</sup>. L'individu doit se soumettre à sa raison. Les morales du devoir instaurent des principes d'universalité et d'impartialité. Enfin, les morales utilitaristes, représentées par BENTHAM ou MILL étudient le résultat obtenu. La nécessité de bien agir repose sur l'utilité optimale à l'échelle individuelle et collective<sup>2073</sup>. À partir de ce riche héritage, la réflexion autour de la morale développée par R. OGIEN traverse les problématiques contemporaines et use de la philosophie éthique pour y trouver des réponses.

En définitive, en tant que philosophie morale, l'éthique minimale ne se refuse rien. Oscillant de l'éthique à la morale, chancelant de l'éthique normative à la méta-éthique, en s'appuyant sur l'éthique appliquée, cette philosophie propose de tracer les contours de la morale, en la réduisant à son plus simple appareil.

## 2. Approfondissement de l'éthique minimale

**594. Du maximalisme au minimalisme**<sup>2074</sup>. Afin de mieux cerner la nature de l'éthique minimaliste, un retour sur son antagoniste peut s'avérer éclairant. En effet, l'éthique *minimaliste*, présentée par R. OGIEN, se construit en opposition à l'éthique

---

<sup>2070</sup> R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Folio, 2007, p. 15.

<sup>2071</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 1997.

<sup>2072</sup> E. KANT, *Doctrine de la vertu. Métaphysique des mœurs*, Vrin, 1996.

<sup>2073</sup> Voir notamment M. CANTO-SPERBER et R. OGIEN, *La philosophie morale*, op. cit., 2017.

<sup>2074</sup> La philosophie de l'éthique minimale a été développée au sein de différents textes : R. OGIEN, *La panique morale*, Grasset, 2004 ; R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, op. cit. ; R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine : et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset, 2011 ; R. OGIEN, « Que fait la police morale ? », *Terrain, anthropologie et sciences humaines*, n° 48, 2007, p. 31 s.

*maximaliste*. Cette asymétrie repose sur une distinction très simple. Selon l'éthique minimaliste, seul le rapport aux autres relève de la morale. Cette affirmation est rejetée par l'éthique maximaliste.

En effet, l'éthique maximaliste se soucie de l'épanouissement personnel de tous ses adeptes, celle-ci s'enquière du respect de leur nature et de leur dignité. L'éthique maximaliste souhaite éviter qu'un membre de la société méprise sa propre valeur et agisse contre son bien. Ainsi, cette philosophie élargit ses contours pour guider les citoyens, leur indiquer le meilleur chemin à suivre et éviter que ceux-ci ne se perdent. Dans leur rapport à eux-mêmes et aux autres, les partisans de l'éthique maximaliste font état d'une morale à respecter. ARISTOTE, par exemple, recommande de viser la « vie bonne » en développant l'endurance ou la tempérance<sup>2075</sup>. KANT, quant à lui, affirme qu'il existe des devoirs moraux envers soi-même<sup>2076</sup>. Sa morale est alors déontologique.

À l'inverse, contrairement au maximalisme moral, le minimalisme prône des « mondes moraux moins envahissants »<sup>2077</sup>, réduits à peau de chagrin. En effet, l'éthique minimaliste considère que la morale n'est pas si déployée. Au contraire, cette dernière fait preuve d'une certaine indifférence quant au sort réservé aux individus par eux-mêmes. Son objet n'est pas de régenter les comportements individuels en encadrant toutes les sphères de la vie intime. Selon cette conception, la morale tend à affirmer des « principes élémentaires de coexistence des libertés individuelles et de coopération sociale équitable »<sup>2078</sup>. La morale minimale se limite aux comportements de nature à nuire à autrui<sup>2079</sup>.

**595. Une conception immodérée.** Alors que ces travaux interrogeaient les risques d'un droit pénal envahissant qui intégrerait la morale en son sein, à présent, le procédé s'inverse. Il ne s'agit pas de questionner la morale en tant que fondement de droit, mais de remettre en question l'étendue même de la morale. Après s'être attaché à démontrer l'aspect malsain de cette relation entre la loi et les mœurs, cette philosophie remet en question le postulat de départ. Les comportements sans victime ne devaient relever ni du droit, ni de la morale.

---

<sup>2075</sup> ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, *op. cit.*.

<sup>2076</sup> E. KANT, *Doctrine de la vertu. Métaphysique des mœurs*, *op. cit.*

<sup>2077</sup> R. OGIER, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, *op. cit.*, p. 12.

<sup>2078</sup> *Ibid*, p. 20.

<sup>2079</sup> Voir *infra* p. 598.

Selon R. OGIEN, il est illégitime de considérer immorale une personne qui ne souhaite pas agir dans son intérêt personnel, en vue de sa propre perfection. Il estime que la morale doit être resserrée autour des comportements qui nuisent à autrui. Elle n'instaure aucune règle destinée à régir la vie intime des individus. L'auteur dépasse les philosophes libéraux qui remettent en question l'intervention de l'État dans la vie intime. Les penseurs des Lumières<sup>2080</sup> avaient déjà admis la nécessité de séparer le droit de la religion. Ils avaient alors proposé de dépouiller le droit de la perversion, du péché, du blasphème. Aussi, sur de nombreux aspects, le droit pénal s'est émancipé de la morale durant cette période. L'adultère et l'homosexualité n'ont d'ailleurs pas résisté au siècle des Lumières<sup>2081</sup>. Les penseurs utilitaristes poursuivaient le même objet, débarrasser le droit de la notion de péché<sup>2082</sup>. Cependant, l'éthique minimaliste franchit les limites antérieures. Certes, le domaine politique doit rester neutre et indifférent à l'égard de la vie menée par chacun. Toutefois, il n'est pas le seul. Les individus doivent également faire preuve de minimalisme moral. L'auteur applique un raisonnement similaire aux relations interpersonnelles. Ni l'État, ni les individus ne sauraient juger « immorale » toute action qui ne nuirait pas délibérément à autrui, pour la simple raison que cela ne relèverait en aucun cas de la morale. Pourtant, les hommes ont une tendance universelle qui ferait de chacun un membre de la « police morale »<sup>2083</sup>. J.-S. MILL affirmait ainsi qu'« il n'est pas difficile de montrer, par de nombreux exemples, qu'étendre les limites de ce qu'on peut appeler la police morale, jusqu'à ce qu'elle empiète sur la liberté la plus incontestablement légitime de l'individu, est, de tous les penchants humains, l'un des plus universels »<sup>2084</sup>. Toutefois, l'existence de ce penchant n'est pas admis par R. OGIEN. Que ce penchant soit naturel ou culturel, il ne serait pas légitime et mériterait d'être contrarié. L'éthique minimaliste réduit donc la morale de façon significative. Les crimes moraux sans victime n'existent pas. L'immoralité ne vise que les relations injustes envers les autres et refuse de s'appliquer à tout ce qui relève d'un choix, tout ce qui s'effectue entre personnes consentantes ou au mépris d'une entité abstraite telle que la Patrie, Dieu, la Nature, la Dignité ou même, la Société.

En définitive, après avoir soutenu que le droit pénal ne devait punir les comportements sexuels sans victime en raison du fondement moral de ces incriminations, l'éthique minimaliste propose d'arriver au même résultat mais en empruntant un chemin opposé. Si le droit pénal ne saurait

---

<sup>2080</sup> VOLTAIRE, MONTESQUIEU, BECCARIA, etc.

<sup>2081</sup> Voir *supra* n° 48 et n° 55.

<sup>2082</sup> BENTHAM, MILL, etc.

<sup>2083</sup> R. OGIEN, « Que fait la police morale ? », *Terrain, anthropologie et sciences humaine*, art. préc.

<sup>2084</sup> J.-S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, 1990, p. 147.

punir les comportements sans victime c'est avant tout parce que ces derniers ne devraient pas relever de la morale. Pour cette même raison, R. OGIEN estime que la neutralité ne saurait se limiter à l'État, celle-ci doit en outre s'étendre aux relations individuelles. Cette philosophie remet en question certaines certitudes. Une autre voie se profile et mérite de s'y attarder un instant. Pour ce faire, il apparaît judicieux de revenir sur les appuis de l'éthique minimaliste, condensés en trois critères principaux.

## **B. Manifestation des critères pratiques**

**596. Un trépied.** L'éthique minimaliste repose sur trois principes seulement. Le premier s'avère être l'indifférence morale du rapport à soi-même. Le deuxième réside dans la non-nuisance à autrui. Enfin, l'ultime critère consiste à traiter de la même façon les cas similaires. Si ces développements n'auront pas la prétention d'exposer exhaustivement la philosophie de R. OGIEN, ceux-ci se proposent de l'éclaircir brièvement.

**597. Le désintérêt du rapport à soi.** L'indifférence morale du rapport à soi-même a d'ores et déjà été abordée<sup>2085</sup>. *A priori* la maxime est très simple, l'idée accessible. Selon R. OGIEN, l'individu qui n'agirait pas en vue de sa propre perfection ne serait pas immoral. La procrastination, la paresse, l'abus d'alcool, le fétichisme, l'abandon de ses talents naturels<sup>2086</sup>, le laisser-aller le plus total, jusqu'au suicide même, ne sont pas immoraux. Selon l'auteur, la morale se limite au rapport à autrui. Plus encore, elle est conditionnée à la nuisance de l'autre. Contrairement à la philosophie d'ARISTOTE ou celle de KANT, R. OGIEN estime qu'il n'existe pas de devoir moral envers soi-même. De même, J. S. MILL avait déjà cessé de donner une coloration morale au rapport à soi-même. L'auteur considérerait ainsi que ces comportements individuels relevaient davantage de la bêtise que de la morale<sup>2087</sup>.

**598. La nuisance d'autrui, la clef de voûte.** Par conséquent, le second critère vient délimiter le premier. Si le rapport à soi-même est indifférent, c'est surtout parce que la morale est contenue dans la nuisance faite à autrui. Comment comprendre ce principe ? Tout d'abord, la notion d'autrui acquière ici une place de choix. Selon l'auteur, autrui est nécessairement un être

---

<sup>2085</sup> Voir *supra* n° 579 s.

<sup>2086</sup> « On a les moyens d'être un Zidane ou un Mozart, et on en devient fan des jeux vidéos » (R. OGIEN, *La morale a-t-elle un avenir ?*, Editions Pleins Feux, 2006, p. 47).

<sup>2087</sup> J.-S. MILL, *De la liberté*, Gallimard, 1990.

« de chair et d'os »<sup>2088</sup>. Les entités abstraites ou symboliques telles que les bonnes mœurs, la société, la patrie, la religion... ne sont pas les *autres*. De même, les autres ne sont pas soi-même. Si cette affirmation ressemble à une tautologie, ses implications ne sont pas si aisées. R. OGIEN prend l'exemple du tabac<sup>2089</sup>. En fumant, est-ce que l'individu ne nuit qu'à lui-même ? Que penser des voisins, des enfants, du fœtus ou du contribuable qui devra assumer les frais médicaux ? L'auteur règle cette limite en affirmant que l'absence d'intention ne permet pas de retenir une nuisance faite à autrui. Ce principe serait donc conditionné par l'intention de nuire. Cette notion ne se confondrait donc pas avec la conscience de nuire dont le droit pénal se satisfait. L'éthique minimale exige la volonté et l'intention de nuire. Par ailleurs, la « nuisance » implique l'existence d'un « préjudice » que l'auteur qualifie de « dommage "injuste" »<sup>2090</sup>. Toutefois, un effet pervers se dégage immédiatement de cette notion de préjudice. En effet, actuellement, la notion ingurgite de nombreux comportements. R. OGIEN mentionne « l'exploitation abusive du principe de non-nuisance »<sup>2091</sup> qui tend à admettre les préjudices émotionnels, notion particulièrement vague, potentiellement infinie<sup>2092</sup> et qui ignore un paradigme essentiel : l'intention de nuire. Cette extension démesurée du principe de non-nuisance aboutirait à renverser la philosophie de l'éthique minimale pour retrouver le moralisme et le paternalisme qu'elle souhaitait tant fuir. Ainsi, la morale se limite à l'existence d'une nuisance intentionnelle à autrui.

Ces développements émanent avant tout d'une réflexion philosophique. La conscience, la volonté, l'intention sont des éléments que le juriste manie différemment. Le dommage, le préjudice et la nuisance tels qu'ils sont exposés par R. OGIEN, ne sont pas exploitables en tant que tels par le domaine juridique. Cependant, ces démonstrations sont intéressantes car elles ne tendent pas à faire état d'une limite juridique mais d'une limite morale. Cette réflexion parachève un raisonnement juridique en empruntant le chemin des raisonnements philosophiques. L'auteur ne souhaite pas développer une philosophie juridique, mais une

---

<sup>2088</sup> R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Folio, 2007, p. 84.

<sup>2089</sup> *Ibid*, p. 84 s.

<sup>2090</sup> *Ibid*, p. 81.

<sup>2091</sup> *Ibid*, p. 93.

<sup>2092</sup> « Doit-on punir ceux qui provoquent à leur insu ces dommages psychologiques ? Si quelqu'un souffre atrocement du simple fait qu'il soupçonne certaines personnes de se livrer à un acte sexuel qu'il juge répugnant, dont-on tenir compte de cette souffrance, la considérer comme un "préjudice" et punir ces personnes ? Si quelqu'un souffre de problèmes émotionnels du fait qu'il a surpris des personnes en train de se livrer à un acte sexuel qu'il juge répugnant alors qu'il était entrain de cambrioler leur appartement ou qu'il les espionnait à leur insu, doit-on tenir compte de cette souffrance, la considérer comme un "préjudice" et punir ces personnes ? » (R. OGIEN, *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Folio, 2007, p. 96 s.).

philosophie morale. Dès lors, il est important de ne pas déformer ses propos, quand bien même ils ne se fonderaient pas parfaitement dans le moule du juriste.

**599. À situation égale, perception égale.** Enfin, le dernier critère posé par l'éthique minimale consiste à traiter les situations similaires de façon similaire. Cette affirmation offre une barrière supplémentaire contre le risque de déclin vers un paternalisme limitrophe. En effet, ce principe permet de limiter l'influence de la morale qui, pernicieusement, conduit à aborder certaines thématiques de façon différente alors que la réalité fait état d'une proximité indéniable. À cet égard, la sexualité est particulièrement visée. À titre d'exemple, contrairement aux autres professions, il ne suffit pas que les personnes prostituées affirment consentir à exercer ce métier pour accorder du crédit à ce consentement. Contrairement aux autres citoyens, le consentement des personnes qui se prostituent est ignoré. Le législateur n'a d'ailleurs pas pris la peine de le solliciter avant la loi de 2016<sup>2093</sup> dont elles sont pourtant le sujet central.

De même, les limites posées à la prostitution<sup>2094</sup> s'appuient sur la prévention de risques inhérents, notamment celui de la traite des êtres humains, là où l'existence des trafics d'organes ne nuit pas au don d'organe. L'auteur affirme également que cette même activité est jugée immorale alors que ce mot ne viendrait jamais qualifier les massages ou la kinésithérapie qui pourtant consistent à évaluer économiquement des manipulations du corps<sup>2095</sup>. De même la nature sexuelle des parties du corps utilisées ne provoque pas de telles réactions lorsqu'il s'agit de l'industrie cinématographique.

Enfin, l'ultime argument invoqué, relatif aux nuisances pour les riverains, ne s'applique pas de la même façon aux marchés, aux bouchers ou aux odeurs de friture qui émanent de certains restaurants. Leurs installations peuvent certes être classées pour la protection de l'environnement, toutefois, celles-ci ne sont pas pour autant interdites. Si le droit civil peut intervenir, l'intervention vigoureuse du droit pénal n'a pas lieu d'être. D'ailleurs, la possibilité d'encadrer ces nuisances ne conduit pas nécessairement à l'interdiction de la prostitution. Des mesures alternatives sont envisageables<sup>2096</sup>. Les situations similaires doivent donc être traitées de façon similaire. Aussi, il est aisé de constater que la société a tendance à traiter de façon

---

<sup>2093</sup> Loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, *JO* du 14 avril 2016.

<sup>2094</sup> Voir *supra* n° 402 s.

<sup>2095</sup> R. OGIEN, *La morale a-t-elle un avenir ?*, Editions Pleins Feux, 2006, p. 28. Sur le sujet voir également R. OGIEN, *La panique morale*, Grasset, 2004, p. 126 s.

<sup>2096</sup> Voir *supra* n° 402 s.

distincte des situations similaires, notamment lorsque la morale vient appuyer ses choix. L'équale considération de chacun permettrait de limiter ces attitudes biaisées.

En définitif, à partir de ces critères, les comportements exclus du droit car ils relevaient de la morale, ne dépendraient finalement pas non plus de la morale. Les comportements sexuels sans victime ne seraient donc ni juridiques ni moraux. Nous voici donc entraîné dans un abysse dont il convient d'étudier les conséquences.

## § 2 – Les conséquences de la théorie

**600. Du vide à la liberté.** L'application rigoureuse de l'éthique minimale est impétueuse. Elle nous projette vers le vide, nous enfonce dans la vacuité. Si la sexualité ne relève ni du droit ni de la morale, alors elle ne dépend que de ceux qui la pratiquent. Toutefois, cette liberté n'est pas aisée à endosser, il s'agirait plutôt d'une condamnation à la liberté.

Alors qu'un vide se dessine autour de la sexualité (**A**), la réalité semble bien plus terrible. L'homme serait condamné à être libre (**B**).

### **A. Le constat d'un vide**

**601. Le rejet des polices pénales et morales.** L'étude de l'éthique minimaliste enjoint à penser que tout ce qui ne nuit pas à autrui ne relève pas de la morale. Aussi, les infractions sexuelles sans victime ne dépendent pas de la morale. Or, celles-ci ne doivent pas non plus relever du droit pénal. Si les infractions sexuelles sans victime ne résultent ni de la morale, ni du droit pénal, alors, le vide s'installe. Vertigineuses, ces déductions ne laissent subsister aucune instance supérieure capable de déterminer la nature de nos relations sexuelles. Rien ni personne ne serait en mesure d'indiquer le bon chemin à suivre. Aucune interdiction ne baliserait l'exercice de l'intimité, hormis celui de respecter le consentement de tous les protagonistes et de ne causer aucune victime. La police morale, à l'image de la police pénale, ne serait pas compétente pour valider du sceau du bien ou du mal les pratiques sexuelles.



**602. Horror vacui.** Cependant, chacun sait que le vide comporte en lui quelque chose de terrifiant. Selon V. HUGO, « l'esprit, comme la nature, a horreur du vide »<sup>2097</sup>. Ce rejet du vide, du néant est instinctif. L'homme semble être par nature porté par la maxime latine *horror vacui*. Aussi, le fait de limiter les choix personnels par des préceptes moraux et encadrer la sexualité par ce que le droit en dévoile, relève de mécanismes humains tendant à tracer des frontières, non parce qu'elles sont réelles, mais parce qu'elles sont rassurantes. En l'absence de droit ou de morale, nul doute que l'individu se ralliera à des convictions venues d'ailleurs, qu'elles soient religieuses, familiales, éducatives...

Ces préceptes ne sont pas innés. Si un sens moral originel existait, « comment expliquer l'incroyable quantité d'obligations et d'interdictions morales dans toutes les sociétés humaines connues ? »<sup>2098</sup>. Ces limites tendent à apaiser l'esprit de l'homme qui se tétanise face à l'infini des possibilités. La religion, le droit ou la morale se sont efforcés de normaliser des comportements afin de guider les individus dans un certain chemin. Toutefois, si l'apaisement permet d'expliquer l'adhésion des citoyens à cette normalisation, cela n'exclut pas la volonté de contrôle de la sexualité pour d'autres fins. En effet, M. FOUCAULT estime que l'encadrement de la sexualité au XVIII<sup>ème</sup> siècle est notamment justifié par l'apparition de la « population main d'œuvre », « population richesse »<sup>2099</sup>. La sexualité apparaît alors au cœur de problèmes économiques et politiques. Dès lors, il devenait nécessaire d'analyser le taux de natalité, l'âge du mariage, les effets du célibat, la contraception et ces incidences. Néanmoins, si ces questions animent les pouvoirs normalisateurs, ils ne permettent pas de comprendre le ralliement des individus à ces normes.

Partant, l'adhésion à ces commandements se situe sans doute dans leur extérieur rassurant. L'homme se décharge de sa liberté sur des préceptes venus d'ailleurs. Cependant, la capacité du droit et celle de la morale à régler les sexualités est ici remise en question. Rien, si ce n'est l'homme lui-même, dans son individualité, ne peut tracer de ligne hermétique entre l'intimité à laquelle il accède et le reste. La déconstruction de normes si ancrées laisse subsister un vide que l'homme désirera vite combler car, sans cela, il sera condamné à la liberté.

---

<sup>2097</sup> V. HUGO, *L'homme qui rit*, Gallimard, 2002.

<sup>2098</sup> R. OGIEN, *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine: et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset, 2011, p. 293.

<sup>2099</sup> M. FOUCAULT, *L'histoire de la sexualité I*, Gallimard, 1994, p. 35 s.

## **B. La condamnation à la liberté**

**603. L’angoisse de la liberté.** Lorsque l’on admet que les relations intimes ne relèvent ni du droit ni de la morale dès l’instant où celles-ci sont consenties, alors « l’homme est condamné à être libre »<sup>2100</sup>. Cette affirmation apparue dans le célèbre discours de J.-P. SARTRE, « L’existentialisme est un humanisme », transcende toute l’existence humaine. La liberté est partout et celle-ci est une condamnation. Selon l’auteur, très peu d’individus sont prêts à assumer cette liberté, à en être responsables. L’auto-détermination n’est pas aisée à accepter. Elle suscite instinctivement un sentiment d’angoisse ou d’abandon. Ces impressions sont très puissantes. L’homme qui choisit, expose ce choix à tous les autres hommes. De plus, les possibilités étant infinies, le choix s’avère délicat, angoissant. Le sentiment d’anxiété explique le fait que très rapidement, l’individu se rallie à des instances de normalisation extérieures. Il tente de décharger sur celles-ci le rôle de choisir, de normer, de borner. L’homme refuse d’exercer cette liberté et d’endosser la responsabilité qui en émane. Il préfère que le droit, la morale ou la religion le fasse pour lui, qu’il n’ait qu’à s’y conformer sans exercer sa liberté.

**604. L’existence et l’essence de la sexualité.** Le vertige est immense. Finalement, la sexualité ne relèverait pas du vide. Celle-ci émanerait de la liberté individuelle. Le soulagement n’aura donc duré qu’un temps car la liberté entraîne avec elle la responsabilité. L’essence ne précède pas l’existence. La *bonne* sexualité n’a pas été créée avant d’être exercée, à l’image de l’homme qui existe avant d’être défini<sup>2101</sup>. Elle est le fruit de l’exercice de la liberté humaine, contenue dans l’exercice de la liberté d’autrui. La sexualité apparaît ainsi comme le fruit de choix individuels qu’aucune instance ne pourrait faire à la place de chaque homme.

Cependant, l’existence d’une liberté si étendue comporte nécessairement des risques, parmi lesquels celui d’un repli instinctif suscité par un trop grand libéralisme. En effet, ce mouvement d’émancipation morale pourrait s’avérer contre-productif. Lorsque la liberté n’est plus contrôlée, la crainte d’une décadence future et la peur de l’anarchie peut conduire à une manœuvre inverse consistant à dresser un cadre très rigide au sein duquel la sexualité pourra

---

<sup>2100</sup> J.-P. SARTRE, *L’Être et le Néant*, Gallimard, 1943.

<sup>2101</sup> « Qu’est-ce que signifie ici que l’existence précède l’essence ? Cela signifie que l’homme existe d’abord, se rencontre, surgit dans le monde, et qu’il se définit après. L’homme, tel que le conçoit l’existentialiste, s’il n’est pas définissable, c’est qu’il n’est d’abord rien. Il ne sera qu’ensuite, et il sera tel qu’il se sera fait. Ainsi, il n’y a pas de nature humaine, puisqu’il n’y a pas de Dieu pour la concevoir » (J.-P. SARTRE, *L’existentialisme est un humanisme*, Folio, 1996, p. 29).

s'exercer. Sommes-nous sexuellement plus libres qu'au temps où le droit énonçait clairement que certaines incriminations étaient fondées sur la morale ? Le souhait de libérer les individus de toutes préconceptions de la sexualité n'est pas forcément souhaitable. Si le droit pénal doit rester en retrait car il ne lui appartient pas d'imposer une certaine morale, si ce dernier doit se contenter de protéger les individus victimes de la sexualité d'autrui, une négation totale de préceptes établis par d'autres instances pourrait s'avérer dangereuse. Il ne s'agit seulement d'éviter cette obsession du droit.

Aussi, concevoir que les relations sexuelles consenties ne résultent d'aucun dictat extérieur, qu'elles ne relèvent ni du droit, ni de la morale et qu'elles ne sont que l'un des exercices de notre propre liberté, dont nous sommes responsables, pousse à l'extrême le raisonnement initial. Difficile à exercer, cet excès de liberté pourrait conduire à un retour en force de la normalité extérieure et intransigeante s'il est imposé à un groupe d'individus qui ne seraient pas prêts à endosser autant de liberté et de responsabilité.

**605. Conclusion de la Section 2.** Alors que tout le raisonnement s'appuyait sur l'idée que les infractions sexuelles sans victime relevaient davantage de la morale que du droit, l'éthique minimale propose une lecture tout à fait différente. En effet, à la croisée des philosophies morales et de leurs méthodes, cette philosophie développée par R. OGIEN, réduit drastiquement le spectre de la morale. Trois maximes composent cette pensée : le désintéret des nuisances faites à soi-même, la reconnaissance de celles faites à autrui et la nécessité de traiter des situations similaires de façon similaire. À partir de ces trois principes l'éthique minimale conditionne la notion de morale à tout ce qui nuit à autrui.

Partant, les infractions sexuelles sans victime seraient amORALES. Si celles-ci ne relèvent ni du droit, ni de la morale, elles s'inscrivent alors dans un vide. Aucune instance ne serait en mesure de normaliser la sexualité. Lorsqu'elles ne nuisent pas à autrui, les *bonnes* pratiques sexuelles n'existent pas. Cependant, l'homme a par nature horreur du vide, notamment parce qu'il se transforme immédiatement en liberté. S'il n'est pas possible d'encadrer la sexualité, si aucun autre chemin que l'absence de nuisance à autrui ne saurait être tracé, alors cela signifie que la latitude est immense. L'individu se retrouve condamné à une liberté qu'il n'a pas souhaitée et dont il semble avoir perdu l'habitude. En effet, la liberté implique la responsabilité. L'homme libre est un homme responsable. Cette idée est nécessairement angoissante pour celui qui s'est longtemps reposé sur des instances supérieures telles que la morale, le droit ou la religion, pour

tracer le chemin qu'il emprunterait. En cela, il est permis de douter de l'application contemporaine de cette éthique minimale bien qu'il soit permis de la concevoir comme un objectif séduisant à atteindre.

**606. Conclusion du Chapitre 2.** Les limites de la réflexion sont arrivées. La libération du droit pénal au regard des mœurs ne laissait pas présager la réalité de ce que deviendrait le droit, ni de ce que deviendraient les mœurs. À cet égard, l'hypothèse d'un droit pénal minimal poursuit dans deux directions. Tout d'abord, il faut considérer que l'élaboration d'un droit pénal protecteur des individus aux mœurs dissidentes était salutaire. Ce faisant, la matière pénale ne protégerait pas la liberté sexuelle, mais les individus qui l'exercent. Le droit pénal protecteur ne renoue donc pas avec l'influence des valeurs sociales protégées mais se concentre sur la préservation de ses justiciables. Aussi, à l'image de l'homosexualité qui figure désormais au sein de la pénalisation de la discrimination et parmi une circonstance aggravante générale, intégrer la notion de « pratiques sexuelles réelles ou supposées » au sein de ces mêmes textes appert intéressante. Cette immixtion permettrait d'assurer la protection des individus vulnérables face à la prestance de la morale collective. Évidemment, la circonférence de la notion de « pratiques sexuelles » doit être limitée aux infractions sexuelles sans victime, sans quoi les pratiques sexuelles se muteraient en infraction.

Au-delà de la protection, l'étendue de l'ignorance des mœurs a été interrogée. L'indifférence doit-elle se cantonner aux infractions sexuelles sans victime ? Les infractions sexuelles ont régulièrement tendance à s'apparenter à un microcosme au sein duquel de nombreuses procédures sont expérimentées avant de rejoindre le macrocosme, à savoir l'ensemble de la matière pénale. Toutefois, il n'était pas permis d'étendre l'ensemble du droit pénal des réflexions propres aux infractions sexuelles. À titre d'exemple, restreindre la matière à l'existence d'une victime ne saurait être satisfaisant. La protection de l'ordre public ne se limite pas à l'existence d'une victime. Certaines précautions induisent la pénalisation de comportements sans victime. De fait, seul le rejet du droit pénal expressif pourrait se propager à l'ensemble de la matière, notamment par une application rigoureuse du principe de nécessité préalablement défini. Cette extension permettrait de rejeter la valorisation extrême des valeurs sociales protégées, déconnectée de toute rationalité juridique.

Enfin, le sort des infractions sexuelles sans victime permet d'aborder l'éthique minimaliste. Après être revenus sur des considérations terminologiques afin de cerner la subtilité entre la

morale et l'éthique, la philosophie d'éthique minimale développée par R. OGIEN s'est imposée. Celle-ci repose sur trois critères principaux : l'indifférence morale du rapport à soi-même, la non-nuisance à autrui et l'égale considération de chacun. À partir de cela, l'auteur développe l'idée selon laquelle les comportements sans victime ne relèveraient pas de la morale. Ainsi, les infractions sexuelles sans victime se situent aux confins de la démonstration. Selon R. OGIEN, la morale ne tend pas à déterminer la nature des comportements intimes sans victime, cela n'est pas de son ressort.

Si le droit pénal n'a pas vocation à régir ces comportements et que la morale s'en affranchit également, alors que reste-t-il ? Le vide se dessine. L'homme serait condamné à la liberté. Loin d'être rassurante, la liberté entraîne avec elle la responsabilité. Les individus seront contraints à déterminer, sans précepte extérieur et supérieur, ce qui est bon pour eux. Ainsi, alors que le juriste refuse d'intégrer en son sein les comportements sexuels sans victime, c'est au tour du philosophe de les rejeter. L'individu n'aura plus que lui pour déterminer sa bonne sexualité, ou en tout cas, pour apprécier la sexualité à laquelle il déciderait de se vouer. Risqué, ce vide n'est pas souhaitable en ce qu'il risquerait de provoquer un repli spasmodique tendant à réintégrer un maximalisme moral.

**607. Conclusion du Titre 2.** Cette ultime étape avait pour objet de dépasser les propositions tendant à limiter l'influence des mœurs sur le droit pénal afin d'interroger leurs effets. Tout d'abord, en rationalisant l'influence des mœurs sexuelles sur le droit, l'auteur et la victime de l'infraction sexuelle se sont retrouvée à la genèse de l'incrimination. Loin de l'instrumentalisation contemporaine, ces protagonistes ont au contraire retrouvé leur juste place. Puisqu'autour d'eux gravite une part du droit pénal, impossible d'ignorer leur prise en charge. À ce titre, il est apparu précieux de s'attarder sur l'appréhension pratique et concrète de l'auteur et de la victime des infractions sexuelles. En effet, en perfectionnant la prise en charge de ces derniers, il est fort à espérer une amélioration générale du système pénal, notamment une réduction de la criminalité. Aussi, l'importance de favoriser la libération de la parole s'est imposée. Des auteurs aux victimes, la communication est aux confins de l'évidence. Parler pour détecter, pour prendre en charge, parler pour soigner, parler pour guérir. Grâce à ce fil d'Ariane il fut permis de traverser la prise en charge des intéressés en vue de l'amender.

Puis, confronté aux limites de la démonstration de nouvelles questions sont apparues. Une fois certaines infractions dépénalisées, quel serait le sort des individus aux mœurs dissidentes ?

Comment le droit pénal devait-il appréhender les auteurs *d'infractions* sexuelles sans victime ? Fallait-il limiter nos propositions aux infractions sexuelles ? Était-il nécessaire, à l'image du législateur, user du cadre sexuel comme d'un échantillon destiné à se propager ? Enfin, une fois le droit pénal débarrassé de son rôle normateur, à qui revient le devoir de modéliser la sexualité ? Autant de questions se sont bousculées, guidant la réflexion jusqu'à sa lisière.

Partant, il est ressorti que le droit pénal ne devait pas se contenter de dépénaliser les infractions sexuelles sans victime. Il se devait de protéger ceux qui les exercent et qui pourraient subir les effets de la morale collective. Ce faisant, la matière pénale n'aurait pas pour objet de prôner le pluralisme des valeurs, mais seulement de protéger ses citoyens. Par ailleurs, il fut conclu que cette réflexion s'appliquait particulièrement au cadre de l'intimité et ne pouvait être étendue à l'ensemble de la matière pénale. Seule certaines propositions localisées, telles que la définition du principe de nécessité, auraient vocation à traverser le droit pénal. Enfin, il fut permis de constater que si le droit rejetait le pouvoir normalisateur de la sexualité, la morale pouvait tout à fait le rejoindre. À ce titre l'éthique minimale, affirme que les infractions sexuelles sans victime ne relèvent pas du spectre de la morale. Pour autant, nul doute que nous ne sommes pas prêts à assumer une telle liberté. La responsabilité qu'elle engendre conduirait sans doute l'individu à un puissant repli moral qu'il est à craindre.

**608. Conclusion de la Partie 2.** Après avoir dévoilé l'influence persistante de la morale sur le droit et en avoir souligné les effets pernicioseux, il apparaissait essentiel de proposer des mécanismes de rationalisation. La seconde partie de l'étude avait donc pour objet de limiter l'effet des mœurs sur le droit pénal et interroger les conséquences de cette *amoralisation*.

Pour ce faire, il était permis de piocher dans les outils juridiques préexistants afin de leurs rendre tout leur sens et leurs effets. Il ne s'agissait pas d'opposer une conception personnelle à des mœurs à une conception partagée. Immédiatement, le gouffre de la relativité se serait dessiné. De fait, la richesse de la matière juridique s'est imposée car celle-ci comporte d'ores et déjà toute la substance nécessaire à un procédé de rationalisation. L'étude des incriminations et de leur régime ont conduit jusqu'au principe de nécessité nouvellement défini, à la place du consentement quelque peu étirée, en passant par la prescription de l'action publique et la redéfinition de ses fondements, sans oublier la dangerosité et les mesures de sûreté dont l'essence doit subsister mais la forme évoluer. Ainsi, le droit pénal comporte déjà en lui tout ce qui pourrait garantir sa neutralité et préserver sa nature. L'influence des mœurs sur la matière

peut aisément être neutralisée par la valorisation et l'exploitation d'outils juridiques préexistants. Que cette interférence se manifeste par une prolifération d'incriminations et l'avènement des infractions sexuelles sans victime ou qu'elle se matérialise par un régime en tout point exorbitant, le droit pénal détient toutes les clefs pour y faire face, à condition de rendre certains de ces mécanismes effectifs.

Une fois le principe de nécessité défini, le consentement encadré, la prescription refondée et la dangerosité repensée, les conséquences de cette émancipation ont interpellé. Tout d'abord, après avoir recentré les infractions sexuelles autour de leurs protagonistes, il était nécessaire de s'intéresser à leur appréhension loin de l'impulsion de la morale. Comment améliorer la prise en charge de l'auteur et de la victime d'infraction sexuelle afin de parfaire à l'efficacité de la matière ? Ces interrogations ont eu pour objet de pallier cette tendance répressive, dangereuse et inefficace, animée par des mœurs blessées et une morale à vif. Au-delà de la rationalisation, se dégage une nouvelle perspective d'amélioration. À ce titre, la litanie de la parole conduit à traverser la prise en charge des protagonistes, dévoilant de nombreuses pistes d'amendement. *In fine*, afin de parachever le processus d'*amoralisation*, les corollaires de la démonstration ont été interrogés. Pour ce faire, il s'agissait de s'approcher de la lisière en vue de proposer une protection des individus aux mœurs minoritaires. Il ne s'agissait pas de valoriser la morale dissidente mais de protéger ceux qui y adhèrent, en tant qu'individu. Par ailleurs, la perspective d'étendre les propositions développées dans le cadre des infractions sexuelles à l'ensemble de la matière pénale s'est rapidement dessinée. Il est usuel de faire de ces infractions des échantillons destinés à devenir réalité. Il est rapidement apparu que les infractions sexuelles appartiennent à un microcosme bien spécifique qui ne saurait se transposer en tant que tel. Seul le rejet d'un droit pénal prioritairement expressif doit irriguer la matière. L'application stricte du principe de nécessité ne se limite en aucun cas aux infractions sexuelles et son application générale permettrait de lutter contre l'influence des mœurs qui enjoint à faire du droit pénal un outil d'affichage politique. Ainsi, cette étude a pour objet de distinguer hermétiquement le droit de la morale. Toutefois, une ultime question se pose. Peut-on affirmer que l'évaluation des comportements sexuels relève de la morale ? Selon l'éthique minimaliste prônée par R. OGIEN, rien n'est moins sûr. La question des infractions sexuelles sans victime est ici abordée sous le prisme philosophique et conduit à nier l'usage de la morale dans les relations sans victime. À cet égard, les propositions juridiques développées jusqu'ici se limitent à étendre les effets du consentement afin de recentrer les infractions sexuelles autour de l'existence d'une victime, à

quelques exceptions près<sup>2102</sup>. La philosophie de R. OGIEN permet seulement de parachever la réflexion juridique sur une interrogation philosophique, si les infractions sexuelles sans victime ne sauraient relever du droit, celles-ci dépendent-elle pour autant de la morale ?

---

<sup>2102</sup> Voir *supra* n° 410 s.





## Conclusion générale

À l'origine de ces développements se situe l'intuition selon laquelle le droit ne se serait pas tout à fait émancipé de la morale. Si l'emprise des mœurs s'est affaiblie, si le temps l'a modifiée, si son centre névralgique s'est déplacé, celle-ci est loin de s'être entièrement effacée. Dépassant l'apparente évidence d'une distinction hermétique entre le droit et la morale, cette étude a tenté de révéler le spectre des mœurs avant de proposer de rationaliser l'interférence contemporaine entre ces deux domaines.

**609.** Dans une première partie, il s'agissait de faire état d'un premier constat au goût de l'évidence. Les mœurs ont progressivement quitté le champ pénal. Certaines incriminations enracinées dans la morale ont été dépenalisées et le terme *mœurs* a également déserté la lettre du texte. Néanmoins, rapidement les motivations de tels bouleversements ont intrigué. S'agissait-il seulement d'un retrait de l'influence des mœurs ou s'agissait-il d'une modification terminologique destinée à duper le lecteur ? De même, le rôle des juges a été examiné précisément. Agents de la morale, ces derniers ont longtemps dû déterminer la nature des mœurs de leur temps. La consistance d'infractions tel que l'outrage aux bonnes mœurs<sup>2103</sup> ne dépendait que de leur ressenti. Les magistrats ont ainsi été fermement liés à la morale avant de s'en extirper. En effet, le retrait progressif de l'influence des mœurs sur le droit pénal les a contraint à chercher ailleurs des fondements solides à leur décision. Les experts en tout genre et l'opinion publique se sont donc proposés pour remplir ce rôle d'objectivité.

Cependant, le retrait de l'influence des mœurs est apparu comme un vernis qui s'écaille. Lorsque l'on s'approche plus près des infractions sexuelles et de leur régime, le rayonnement de la morale rejaillit. Tout d'abord, il ne fait aucun doute que la majorité des infractions sexuelles porte atteinte à la fois à l'ordre public et à l'ordre moral, par ricochet. Le viol blesse à la fois l'ordre public et l'ordre moral. Les infractions sexuelles cristallisent les angoisses d'une époque car elles se heurtent aux mœurs. Face à l'intimité qui cloisine ces infractions, la quête de la preuve anime le législateur. Pour autant, son efficacité vacillante n'arrête en rien le régime extraordinaire qui est le leur car la morale n'est jamais loin. À ce titre, cette double entorse conduit le législateur à développer un régime exorbitant, dépassant le carcan du droit commun.

---

<sup>2103</sup> Article 283 l'ancien Code pénal.

Le temps, l'espace, le soin, rien ne résiste à l'influence de la morale qui tend à modifier les frontières du droit pour tracer des limites solides autour de la bonne sexualité. En parallèle, une seconde catégorie d'incriminations se distingue. Il s'agit des infractions sexuelles sans victime. Contrairement aux autres infractions, ces dernières portent atteinte à l'ordre moral sans troubler l'ordre public. Les infractions sexuelles consenties ou exercées en solitaire dans un lieu privé, ne perturbent en rien l'ordre public. Leur répression s'appuie uniquement sur la protection de la morale. Pour autant, les mœurs se font discrètes et le jeu des valeurs sociales protégées leur permet de se dissimuler derrière le masque de la dignité et de la protection de la minorité. L'influence de la morale n'a en aucun cas disparu.

Loin de se contenter de ce simple constat, il s'agissait de s'interroger sur les raisons de cette emprise. Comment expliquer que les griffes de la morale apparaissent encore à travers le droit pénal ? Les motifs sont apparus multiples. La fonction de la loi pénale, sous l'effet de la morale, est kaléidoscopique. Tout d'abord, la loi pénale s'est faite expressive. En exprimant, elle tend à modeler les comportements individuels. Puis, la loi est apparue préventive, en réprimant en amont, elle espère écarter les mauvaises mœurs de l'ensemble de la communauté. Enfin, la loi est devenue déclarative, destinée à répondre à l'opinion publique et aux victimes qui ne comprennent pas l'impuissance juridique.

Cependant, immédiatement, les limites de ces prétentions se sont dessinées. Loin d'être efficace, cette méthode met à mal nombreux principes fondamentaux. La nécessité et la légalité sont oubliées sous l'effet d'une *moral panic*. Le maquis d'infractions brouille leur lisibilité, à tel point que certaines incriminations sont apparues tout à fait inapplicables. Le régime des infractions sexuelles est également impraticable. Simple outil d'exposition, il ne répond plus aux attentes concrètes d'effectivité. Sans être satisfaisante, cette tendance à normaliser par la loi s'avère inefficace voire contreproductive. En effet, certaines victimes que l'on souhaitait protéger sont finalement sacrifiées sur l'autel de la morale. À titre d'exemple, la pénalisation des clients de la prostitution a enjoint cette activité à se déporter vers les profondeurs d'internet. Les personnes qui se prostituent sont mises en danger, éloignées du regard protecteur de la société, sans possibilité de choisir leurs clients. De même, les auteurs d'infractions sexuelles sont réduits à leur statut de monstre, voués à le rester. La chasse aux sorcières s'est ainsi mutée en droit pénal de l'ennemi.

Le retrait de l'influence de la morale sur le droit a pris les traits d'un mirage. Loin d'avoir disparu, les mœurs sexuelles continuent d'exercer leur aura sur les incriminations et leur

régime. Si les raisons de cette influence sont nombreuses, l'emprise demeure pernicieuse. Celle-ci met en danger la structure du droit pénal et fait chanceler l'objectif qu'elle entendait mener. Dès lors, vient le moment de proposer des limites à cette influence.

**610.** Dans une deuxième partie, il était nécessaire de proposer des moyens particuliers tendant à restreindre l'influence néfaste des mœurs sur le droit pénal. Des incriminations sexuelles à leur régime, de nombreux outils juridiques ont été invoqués et exploités. Ce n'est qu'à partir de cette inauguration d'un droit pénal nettoyé des mœurs qu'il était permis d'aborder les effets de cette émancipation.

L'un des aspects les plus nocifs de l'influence des mœurs concerne cette tendance à multiplier les incriminations au-delà de toute raison juridique. La morale agit sur la pénalisation de deux façons. Tout d'abord, celle-ci tend à la prolifération. Les infractions sexuelles s'entassent et se chevauchent. Ainsi, face à ce phénomène, le principe de nécessité apparaît tout trouvé. Malheureusement, son manque de définition induit un défaut d'efficacité. Afin de pallier cette réalité, il fut proposé de redéfinir le principe de nécessité pour que les différents critères qui le constituent puissent servir au législateur ou, à défaut, au Conseil constitutionnel en vue d'assurer une utilisation raisonnée de l'arme pénale. Les effets de ce principe renouvelé ont rapidement pu être expérimentés sur les infractions sexuelles préexistantes. Par ailleurs, l'influence de la morale sexuelle conduit à pénaliser des infractions sexuelles sans victime. À cet égard, le consentement est apparu comme une notion centrale à faire valoir davantage. En effet, le consentement permettrait de tracer une ligne intangible entre les infractions sexuelles fondées sur une protection de l'ordre public et celles relevant uniquement de l'ordre moral. Si l'appréciation du consentement est toujours sujet à angoisses, sa consistance est essentielle en matière sexuelle. En revenant sur les possibilités d'usage, ses limites et ses modalités probatoires, son intérêt s'est imposé.

Au-delà de l'influence des mœurs sur les incriminations, leur régime est également soumis à cette interférence. Les infractions sexuelles justifient, en apparence, toutes les exceptions. Néanmoins, si quelques dérogations se conçoivent aisément, d'autres apparaissent illégitimes, voire dangereuses. À ce titre, le temps et le soin se sont présentés comme les principaux éléments à réévaluer. En effet, la prescription de l'action publique en matière d'infractions sexuelles est à l'agonie. Étirée, déformée, l'institution est menacée. Ce phénomène n'est guère étonnant puisque les fondements de la prescription sont particulièrement fragiles. Il est délicat

de comprendre son sens car chacune de ses justifications est souffreteuse. De fait, il était dans un premier temps nécessaire de redéfinir les fondements de la prescription pour réévaluer son régime en matière d'infraction sexuelle. À ce titre, le respect de la nécessité des peines et du délai raisonnable sont apparus comme des fondements juridiques solides permettant d'ériger un nouveau régime. Si l'idéal se situe dans une césure du procès pénal qui assurerait une déclaration de culpabilité sans prononcer de peine en raison de la prescription de l'action publique, les réalités contemporaines conduisent à envisager une autre solution. Celle-ci réside dans l'adoption d'un régime raisonnable fondé sur un double délai de nature à respecter les nécessités répressives tout en garantissant un délai butoir primordial à la préservation de l'institution et de son sens.

En parallèle, l'utilisation gargantuesque du soin en la matière méritait d'être relativisé. Fondée sur une prétendue dangerosité scientifiquement constatée, la multiplication des mesures de sûreté *post* incarcération ne peuvent qu'inquiéter. À ce titre, l'étude de l'expertise de dangerosité conduit à l'inévitable suppression de cette dernière. La dangerosité ne peut être appréciée sous le sceau de la science. Si la disparition de la notion même de *dangerosité* n'est pas opportune, il est possible de concevoir que son appréhension soit le fruit des magistrats uniquement. Par la suite, les mesures de sûreté ont pu être abordées en vue d'interroger, dans un premier temps, leur sens et leur intérêt. Si la vision prospective à laquelle se livrent ces mesures est intéressante, la proximité avec les peines permet de douter des différences qui subsistent. En effet, rejetant l'exclusion de ces mesures sous l'égide des grands principes, leur fusion avec les peines s'apparente à une possibilité idoine. Ce faisant, l'intérêt de ces mesures pourrait être intégré sans pour autant laisser subsister leur différences, dangereuses pour les libertés individuelles.

À partir de ces propositions, il était permis d'envisager l'avenir du droit pénal en matière sexuelle. Partant, le sort des auteurs et celui des victimes a été examiné afin de proposer des voies d'amélioration. Après avoir resserrées les infractions sexuelles autour de leurs protagonistes, délicat d'ignorer leur prise en charge. Comment repenser un système sans s'intéresser à ceux qu'il concerne ? À ce titre, la parole fut utilisée en tant que fil d'Ariane, permettant d'aborder différents éléments de la prise en charge. Elle a permis de constater le silence qui encercle les personnes attirées par une sexualité répréhensible et la nécessité de débloquent les mots pour purger les maux. La possibilité de parler s'avère être la condition *sine qua non* à une prévention efficace, aujourd'hui trop largement ignorée. Puis, l'expression s'est imposée en tant que vecteur du soin. Toutefois, comment lutter contre le défaut d'écouter, la

pénurie de médecins qualifiés ? L'étude méthodique de la parole enjoint à valoriser les espaces d'expression, qu'ils soient contraints ou choisis, ainsi que la formation des écoutants. Concernant les victimes, l'importance de favoriser la communication est immédiatement apparue. Toutefois, des majeurs aux mineurs, le droit doit s'adapter. Si le silence des mineurs doit pouvoir être dépassé, notamment par l'amélioration du système de signalement préexistant, le mutisme des adultes doit en revanche être respecté. Cette tendance au paternalisme par une ignorance de la volonté de ceux qui sont suspectés souffrir doit absolument être endiguée. Enfin, améliorer le sort des victimes induit également une généralisation d'une prise en charge multiple, qu'elle soit psychologique, médicale ou économique. Ces propositions engendrent nécessairement un certain coût, malgré des recommandations de nature à le limiter grâce au recours de personnes bénévoles spécialement formées par exemple. Néanmoins, nul doute que le profit se fera à long terme.

Finalement, une inconnue demeure. Quelles sont les limites de *l'amoralisation* ? Jusqu'où peut-on étendre la démonstration ? À cette occasion, il est apparu que le droit pénal ne pouvait se contenter d'être amoralisé. Il devait également protéger ceux qui ne s'inscrivaient pas dans la morale collective. Par le biais des circonstances aggravantes et de la pénalisation de la discrimination, les individus adhérents à des pratiques sexuelles dissidentes, hors celles pénalisées, doivent être protégés. D'autre part, la possibilité d'étendre l'ensemble du raisonnement à la totalité du droit pénal a été rejetée. Ce qui fut proposé en matière sexuelle se conçoit du fait de l'intimité dans laquelle elle se pratique. Aussi, nonobstant le rejet de la valorisation de la fonction expressive du droit pénal, l'ensemble de la démonstration n'a pas vocation à s'étendre davantage. Enfin, sur le sort de ces comportements sexuels sans victime, l'éthique minimale développée par R. OGIEN considère que la morale ne saurait concerner les comportements sans victime. Alors que la vocation du droit pénal à régir les comportements sexuels sans victime fut rejeté, la philosophie affirme que cela n'est pas non plus du ressort de la morale. Au centre de la réflexion, l'auteur rejette toute capacité à la morale de déterminer la bonne sexualité, à partir du moment où celle-ci ne nuit pas à autrui. De fait, cette philosophie rejette toute normalisation de la sexualité sans victime. Ni le droit pénal, ni la morale ne peuvent s'en saisir. Face à ce vide, seule une condamnation à la liberté semble s'imposer. Reste à savoir qui voudra l'exploiter.

L'ambition de cette étude était donc de faire état d'une influence persistante de la morale sur le droit pénal, de dévoiler ses dangers et de proposer des limites. Nous avons inlassablement tenté d'échapper à nos propres croyances et convictions personnelles afin d'aborder uniquement la

question sous son angle juridique et objectif. Il ne s'agit pourtant là que d'une première pierre que des études sociologiques ou philosophiques pourraient aisément prolonger, compléter et enrichir car il ne fait guère de doute que la relation entre le droit et la morale est loin d'avoir trouvé le repos.

# Bibliographie

## I. Traités, manuels et ouvrages généraux

### A. Droit administratif

**HAURIOU M.**, *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, 12<sup>ème</sup> édition, 1933.

### B. Droit pénal

**BONIS-GARÇON E. et PELLETIER V.**, *Droit de la peine*, LexisNexis, 3<sup>ème</sup> édition, 2019.

**BOULOC B.**, *Droit pénal général*, Dalloz, 26<sup>ème</sup> édition, 2019.

**BOUZAT P. et PINATEL J.**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1975.

**CARBASSE J.-M.**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2014.

**CHAUVEAU A. et HELIE F.**, *Théorie du Code pénal*, Tome IV, 3<sup>ème</sup> édition, 1852.

**CONTE PH.**, *Droit pénal spécial*, Litec, 6<sup>ème</sup> édition, 2019.

**CONTE PH. et MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, Dalloz, 23<sup>ème</sup> édition, 2018.

**DESPORTES F. et LE GUNEHEC F.**, *Droit pénal général*, Economica, 16<sup>ème</sup> édition, 2009.

**DREYER E.**,

- *Droit pénal spécial*, LGDJ, Lextenso, 2020.
- *Droit pénal général*, LexisNexis, 5<sup>ème</sup> édition, 2019.

**GARÇON E.**,

- *Le droit pénal*, Payot, 1922.
- *Code pénal annoté*, Tome II, Sirey, 1956.

**GAROFALO R.**, *La criminologie. Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, Felix Alcan, 1890.

**GARRAUD R.**, *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, Tome V, Sirey, 3<sup>ème</sup> édition, 1924.

**GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS Ph.**, *Criminologie*, Dalloz, 7<sup>ème</sup> édition, 2011.



- HERZOG-EVANS M.**, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, 5<sup>ème</sup> édition, 2016.
- LAIGUI A., LEBRIGRE A.**, *Histoire du droit pénal. Le droit pénal*, Tome I, Cujas, 2000.
- MALABAT V.**, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 9<sup>ème</sup> édition, 2020.
- MAYAUD Y.**, *Droit pénal général*, PUF, 6<sup>ème</sup> édition, 2018.
- MERLE R. et VITU A.**, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Tome I et II, Cujas, 1981.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F.**, *Institutes au droit criminel ou Principes généraux en ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du royaume*, 1757.
- PIN X.**, *Droit pénal général*, Dalloz, 11<sup>ème</sup> édition, 2020.
- PRADEL J.**, *Droit pénal général*, Cujas, 22<sup>ème</sup> édition, 2019.
- PRADEL J. et DANTI-JUAN M.**, *Droit pénal spécial*, Cujas, 7<sup>ème</sup> édition, 2017.
- RASSAT M.-L.**, *Infractions des et contre les particuliers*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 1999.
- ROBERT J.-H.**, *Droit pénal général*, PUF, 6<sup>ème</sup> édition, 2005.
- VERON M.**, *Droit pénal spécial*, Sirey, 17<sup>ème</sup> édition, 2019.

*C. Droit privé*

- CARBONNIER J.**,
- *Théorie des obligations*, PUF, 22<sup>ème</sup> édition, 2000.
  - *Sociologie juridique*, PUF, 3<sup>ème</sup> édition, 2016.
  - *Essais sur les lois*, LGDJ, 2<sup>ème</sup> édition, 2014.
  - *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10<sup>ème</sup> édition, 2014.
  - *Droit civil*. PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 2017.
- CABRILLAC R.**, *Droit des obligations*, Dalloz, 14<sup>ème</sup> édition, 2020.
- COLIN A. et CAPITANT H.**, *Cours de droit civil*, Tome 2, Dalloz, 1923.
- CORNU G.**, *Droit civil. Introduction au droit*, LGDJ, 13<sup>ème</sup> édition, 2007.
- FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E.**, *Droit civil. Les obligations*, Tome I, Sirey, 16<sup>ème</sup> édition, 2014.
- PORCHY-SIMON S.**, *Droit des obligation*, Dalloz, 13<sup>ème</sup> édition, 2021.
- TERRE F., SIMLER Ph., LEQUETTE Y. et CHENEDE F.**, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12<sup>ème</sup> édition, 2018.

D. Procédure pénale

**HELIE F.**, *Traité de l'instruction criminelle ou théorie du Code d'instruction criminelle*, Tome 3, H. Plon, 2<sup>ème</sup> édition, 1860.

**MUYART DE VOUGLANS P.-F.**,

- *Institutes au droit criminel ou Principes généraux sur ses matières suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du royaume; avec un traité particulier des crimes*, L. Cellot, 1757.
- *Les lois criminelles de la France dans leur ordre naturel*, 1780.

**PRADEL J.**, *Procédure pénale*, Cujas, 20<sup>ème</sup> édition, 2019.

**PRADEL J. et VARINARD A.**, *Les grands arrêts de la procédure pénale*, Dalloz, 10<sup>ème</sup> édition, 2020.

D. Droit pénal médical

**MISTRETTA P.**, *Droit pénal médical*, LGDJ, 1<sup>er</sup> édition, 2019.

## II. Thèses et ouvrages spécialisés

### A. Thèses

**ABDOU F.**, *Le consentement de la victime*, LGDJ, 1971.

**ARCHER F.**, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, 2003.

**BAVITOT A.**, *Les manquements au devoir de probité : étude critique de l'internationalisation du droit pénal*, Thèse, Lyon 3, 2016.

**BONINCHI M.**, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, 2005.

**BRIE G.**, *Traitement social de la criminalité sexuelle pédophile : rapports de pouvoir et lutte des représentations entre agents chargés du contrôle et condamnés*, Thèse, Paris Nanterre, 2012.

**CASADO A.**, *La prostitution en droit français : étude de droit privé*, IRJS, 2015.

**CONTIS M.**, *Secret médical et évolutions du système de santé*, Les études hospitalières, 2006.

**DALLOZ M.**, *Les circonstances aggravantes légales en droit criminel français*, Thèse, Nice, 2001.

**DECLERCK O.**, *Le secret professionnel médical*, Thèse, Rennes I, 2000.

**FERRIE S.-M.**, *Le droit à l'autodétermination de la personne humaine*, IRJS, 2018.

**FILIPPI J.**, *La justice restaurative en droit pénal des mineurs. Approche comparée France/Belgique*, Thèse, Pau, 2015.

**GREGOIRE L.**, *Les mesures de sûreté : essai sur l'autonomie d'une notion*, LGDJ, 2015.

**HARDOUIN-LE GOFF C.**, *L'oubli de l'infraction*, LGDJ, 2008.

**HURPY H.**, *Fonction de l'autonomie personnelle et protection des droits de la personne humaine dans les jurisprudences constitutionnelles et européennes*, Bruylant, 2015.

**JACQUIN-RAVOT C.**, *La notion de condamnation pénale*, Thèse, Lyon 3, 2020.

**KABBAJ N.**, *Le consentement de la victime*, Thèse, Montpellier, 1981.

**KUREK C.**, *Le corps*, Thèse, Lyon 3, 2017.

**LACAZE M.**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2011.

**LAMEYRE X.**, *La criminalité sexuelle*, Flammarion, 2000.

**LAVAUD-LEGENDRE B.**, *Où sont passées les bonnes mœurs*, PUF, 2005.

**LAVROFF S.**, *De l'indisponibilité à la non-patrimonialité du corps humain*, ANRT, 1998.

**LE MAGUERESSE C.**, *Les femmes victimes de violences sexuelles masculines confrontées au droit pénal de fond*, Thèse, Paris 1, 2018.

**LEONHARD J.**, *Étude sur la pornographie pénalement prohibée*, Thèse, Nancy 2, 2011.

**LEPADATESCU M.**, *Le fondement du droit de punir. Histoire des principaux systèmes proposés et esquisse d'une nouvelle théorie*, Thèse, Paris, 1933.

**MAFFESOLI S.-M.**, *La déviance en droit : analyse d'un processus implicite de normalisation*, Thèse, Paris 10, 2013.

**MALAUURIE PH.**, *L'ordre public et le contrat*, Thèse, Paris, 1953.

**MARRION B.**, *Le mineur, son corps et le droit criminel*, Thèse, Nancy 2, 2010.

**MENABE C.**, *La criminalité féminine*, L'Harmattan, 2014.

**MIHMAN A.**, *Juger à temps, le juste temps de la réponse pénale*, refonte de la thèse *Contribution à l'étude du temps : pour une approche unie du temps et de la réponse pénale*, L'Harmattan, 2008.

**NICAUD B.**, *La réception du message artistique à la lumière de la CEDH*, Thèse, Limoges, 2011.

**PALARIC R.**, *Cliniques des auteurs d'agressions sexuelles au carrefour des débats contemporains : analyse psychocriminologique intégrative des perspectives psychodynamique et cognitivo-comportementale appliquées aux modalités de prise en charge thérapeutique*, Thèse, Rennes 2, 2014.

**PEREZ-DIAZ C.**, *Violences conjugales : missions et finalité concrète de l'intervention pénale*, L'Harmattan, 2015.

**PERRIN J.**, *Les agressions et atteintes sexuelles en droit pénal français*, Thèse, Montpellier 1, 2012.

**PETEREAU-MAHRACH V.**, *Le discernement des mineurs : étude de droit civil et de droit pénal*, Thèse, Poitiers, 2004.

**PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, 2002.

**PY B.**, *Recherches sur les justifications pénales de l'activité médicale*, Thèse, Nancy II, 1993.

**OPREA Z.**, *Essai sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil allemand*, Thèse, Paris, 1935.

**SAYOUS B.**, *La justice restaurative. Aspects criminologiques et processuels*, Thèse, Pau, 2016.

**SIZAIRE V.**, *L'ordre pénal républicain*, Thèse, Paris Nanterre, 2013.

**TARHINI R.**, *Le sort de la femme auteur ou victime d'infractions sexuelles et/ou familiales en droit pénal comparé français et libanais*, LGDJ, 2012.

**THOUVENIN D.**, *Le secret médical en droit français*, Thèse, Lyon, 1977.

**VARINARD A.**, *La prescription de l'action publique. Sa nature juridique : droit matériel, droit formel*, Thèse, Lyon 3, 1973.

**VAUTHIER J.-P.**, *Le psychiatre et la sanction pénale*, Thèse, Université de Lorraine, 2013.

**WALTHER J.**, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Thèse, Nancy 2, 2003.

**ZOUHAL A.**, *Le risque en droit pénal*, Thèse, Rennes 1, 2017.

## B. Ouvrages spécialisés

### 1. *Ouvrages juridiques*

**ALVAREZ J. et GOURMELON N.**, *La prise en charge pénitentiaire des auteurs d'agressions sexuelles*, La documentation Française, 2007.

**AMBROISE-RENDU A.-C.**, *Histoire de la pédophilie, XIXe-XXIe siècle*, Fayard, 2014.

**ANCEL M.**, *La défense sociale nouvelle. Un mouvement de politique criminelle humaniste*, Cujas, 3<sup>ème</sup> édition, 1981.

**ARNOUX Y.**, *Le recours à l'expert en matière pénale*, PU d'Aix-Marseille, 2004.

**BADINTER R.**, *Projet de nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988.

**BECCARIA C.**, *Des délits et des peines*, Flammarion, 2006.

**BECOURT D.**, *Livres condamnés, livres interdits : régime juridique du livre, liberté ou censure ?*, Cercle de la librairie, 1972.

**BENNARI L.**,

- *La fin d'un silence. Pédophilie : une approche différente*, AD2 Éditions, 2003.
- *L'ange bleu. Pédophilie : prévenir pour protéger*, Édition du Rocher, 2005.
- *Pédophiles, ex-auteurs et victimes*, Edilivre-Aparis, 2015.

**BOIRON N.-M.**, *La prostitution dans l'histoire devant le droit, devant l'opinion*, Berger-Levrault, 1926.

**BONFILS PH. et GOUTTENOIRE A.**, *Droit des mineurs*, Dalloz, 2<sup>ème</sup> édition, 2014.

**BORRILLO D.**,

- *Homosexualités et droit*, PUF, 1999.
- *Homosexualité et discriminations en droit privé*, La documentation française, 2007.
- *Le droit des sexualités*, PUF, 2009.

**BORRILLO D. et LOCHAK D. (dir.)**, *La liberté sexuelle*, PUF, 2005.

**BOURGAIN C. et P. DARLU P.**, *ADN superstar ou superflic ? Les citoyens face à une molécule envahissante*, Seuil, 2013.

**BRÄGGER B. F., FINK D., GRAF M. et STEINER S.**, *Sexualité, délinquance et déviance*, Criminologie, 2015.

**BRAUD PH.**, *Violences politiques*, Seuil, 2018.

**CABALLERO F.**, *Droit du sexe*, LGDJ, 2010.

**CAHN O. et PARROT K. (dir.)**, *Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, 2013.

**CAMPAGNA N.**, *La pornographie, l'éthique et le droit*, L'Harmattan, 1998.

**CAPPELLO A.**, *La constitutionnalisation du droit pénal. Pour une étude du droit pénal constitutionnel*, LGDJ, 2014.

**CARBONNIER J.**,

- *L'hypothèse du non-droit*, Sirey, 1963.
- *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 2008.

**CARIO R.**, *Justice restaurative : Principes et promesses*, L'Harmattan, 2<sup>ème</sup> édition, 2010.

**CARIO R. et MBANZOULOU P. (dir.)**, *La justice restaurative. Une utopie qui marche ?*, L'Harmattan, 2010.

**CARIO R. et SALAS D. (dir.)**, *Œuvre de justice et victimes*, L'Harmattan, vol. 1, 2001.

**CHEVALLIER J. (dir.)**, *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994.

- CIAVALDINI A.**, *Psychopathologie des agresseurs sexuels*, Masson, 2001.
- COHET-CORDEY F. (dir.)**, *Vulnérabilité et droit. Le développement de la vulnérabilité et ses enjeux en droit*, PUG, 2000.
- COQUOZ R., COMTE J., HALL D., HICKS T. et TARONI F.**, *La preuve par l'ADN, La génétique au service de la justice*, Presses polytechniques et universitaires romandes, 3<sup>ème</sup> édition, 2013.
- COURTIN C. et DEMARCHI J. R. (dir.)**, *La réforme de la prescription pénale*, L'Harmattan, 2018.
- CUSSON M.**, *Pourquoi punir ?*, Dalloz, 1987.
- DANET J., GRUNVALD S., HERZOG EVANS M. et LE GALL Y.**, *Prescription, amnistie et grâce en France*, Dalloz, 2008.
- DANTI-JUAN M. (dir.)**, *L'ineffectivité des peines*, LGDJ, Lextenso, 2015.
- DARSONVILLE A. et LEONHARD J. (dir.)**, *La loi pénale & le sexe*, PU de Nancy, 2015.
- DEFFAINS N. et PY B. (dir.)**, *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2011.
- DELMAS-MARTY M.**, *Liberté et sûreté dans un monde dangereux*, Seuil, 2010.
- DEMICHEL A.**, *Le secret médical*, Les études hospitalières, 2001.
- DEVEREUX G.**, *De l'angoisse à la méthode dans les sciences du comportement*, Flammarion, 1980.
- DOUTREMEPUICH D. (dir.)**,
- *10 ans d'empreintes génétiques*, La documentation française, 2001.
  - *Les fichiers des empreintes génétiques en pratique judiciaire*, La Documentation française, 2006.
- DREYFUS B.**, *Regard contemporain sur la défense sociale nouvelle de Marc Ancel*, L'Harmattan, 2010.
- DUBREUIL C.-A. (dir.)**, *Sexe & Droit*, LGDJ, 2015.
- DUPRE E.**, *La Mythomanie. Étude psychologique et médico-légale du mensonge et de la fabulation morbide*, Jean Gainche, 1905.
- FABRE-MAGNAN M.**, *L'institution de la liberté*, PUF, 2018.
- FERREOL G. et MAURICE S. (dir.)**, *Handicap et sexualité*, EME éditions, 2017.
- FERRI E.**, *La Sociologie criminelle*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2004.
- FLORIOT R. et COMBALDIEU R.**, *Le secret professionnel*, Flammarion, 1973.
- FORTIER V. (dir.)**, *Le juge, gardien des valeurs ?*, CNRS éditions, 2007.
- FRISON-ROCHE M.-A. (dir.)**, *Secrets professionnels*, Autrement-Essais 1999.

- GARAPON A.**, *Bien juger, Essai sur le rituel judiciaire*, Editions Odile Jacob, 2001.
- GARAPON A. et SALAS D.**, *La République pénalisée*, Hachette, 1996.
- GEBLER L. et GUITZ Y.**, *Le traitement judiciaire de la délinquance des mineurs*, ASH, 2004.
- GIAMI A. et PY B. (dir.)**, *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Éditions des archives contemporaines, 2019.
- GIAMI A, PY, B. et TONIOLO A.-M. (dir.)**, *Des sexualités et des handicaps. Questions d'intimités*, PU de Nancy, 2013.
- GIUDICELLI-DELAGE G. et LAZERGES CH. (dir.)**, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011.
- HOERNI B. et BENEZECH M.**, *Le secret médical*, Masson, 1996.
- DE JACOBET DE NOMBEL C.**, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006.
- JACQUOT S.**, *La justice réparatrice. Quand victimes et coupables échangent pour limiter la récurrence*, L'Harmattan, 2012.
- KAMINSKI D.**, *Pénalité, management, innovation*, PU de Namur, 2009.
- KEDIA M., LOPEZ G., SAILLOT I. et VANDERLINDEN J.**, *Dissociation et mémoire traumatique*, Dunod, 2012.
- KELLENS G.**, *La mesure de la peine : précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, Faculté de droit de Liège, 1982.
- LEGENDRE P.**, *L'amour du censeur. Essai sur l'ordre dogmatique*, Seuil, 2005.
- LEGLUDIC H.**, *Notes et observations de médecine légale : attentats aux mœurs*, G. Masson, 1896.
- LEONHARD J. et OLECH V. (dir.)**, *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020.
- LOCHAK D.**, *Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique*, CURAPP, 1993.
- MALABAT V., DE LAMY B. et GIACOPELLI M. (dir.)**, *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009.
- MBANZOULOU P., BAZEX H., RAZAC O. et ALVAREZ J. (dir.)**, *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008.
- MELCHIOR-BONNET S. et DE TOCQUEVILLE A.**, *Histoire de l'adultère. La tentation extra-conjugale de l'Antiquité à nos jours*, Édition de la Martinière, 2000.
- MISTRETTA P., KUREK C. et PAPILLON S. (dir.)**, *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020.

- MOUSSA T.**, *Droit de l'expertise*, Dalloz, 3<sup>ème</sup> édition, 2015.
- NIVEAU G.**, *Évaluation de la dangerosité et du risque de récidive*, L'Harmattan, 2011.
- NUSS M. (dir.)**, *Handicaps et sexualités : Le livre blanc*, Dunod, 2008.
- OST F. et VAN DE KERCHOVE M.**, *Bonnes mœurs et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, PU de Saint-Louis, 1981.
- OTTENHOFF R.**, *Le secret professionnel*, Le Nouveau Mascaret, 1994.
- PEDROT P. (dir.)**, *Éthique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze*, Économica, 1999.
- Py B.**, *Le secret professionnel*, L'Harmattan, 2005.
- RASSIER F.-M.**, *De la valeur du témoignage des enfants en justice*, Masson, 1892.
- RIBEYRE C. (dir.)**, *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016.
- RICOEUR P.**, *Histoire et Vérité*, Seuil, 1964.
- RIPERT G.**, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4<sup>ème</sup> édition, LGDJ, 1949.
- ROBERT A.-C.**, *La stratégie de l'émotion*, LUX, 2018.
- SALAS D.**,
- *Faut-il juger et punir les malades mentaux criminels ?*, Eres, 2009.
  - *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Hachette littérature, 2010.
  - *La justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Les Arènes, 2012.
- SIMPSON J. R.**, *Neuroimaging in forensic psychiatry : from the clinic to the courtroom*, West Sussex, 2012.
- SUTHERLAND E.**, *White Collar Crime*, Yale University Press, 1983.
- DE VALICOURT DE SERANVILLERS H.**, *La preuve par l'ADN et l'erreur judiciaire*, L'Harmattan, 2009.
- VAN DE KERCHOVE M.**, *Sens et non sens de la peine : entre mythe et mystification*, PU de Saint-Louis, 2009.
- VIGARELLO G.**, *Histoire du viol, XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Seuil, 2000.
- VILLEY M.**, *Rétribution et justice pénale*, PUF, 1983.

## 2. Ouvrages littéraires ou philosophiques

- ARENDT A.**, *Journal de pensée (1950-1973)*, Seuil, 2005.
- ARISTOTE**, *Éthique à Nicomaque*, Flammarion, 1997.



**BORGES J.-L.**, *Fictions*, Gallimard, 1983.

**CAMUS A.**, *L'homme révolté*, Gallimard, 1951.

**CANTO-SPERBER M. et OGIEN R.**, *La philosophie morale*, PUF, 4<sup>ème</sup> édition, 2017.

**CICERON**, *Catilinaires*, Les belles lettres, 2012.

**CREVEL R.**, *Mon corps et moi*, Le livre de poche, 1991.

**DAGERMAN S.**, *Notre besoin de consolation est impossible à rassasier*, Acte sud, 1993.

**FOUCAULT M.**,

- *Surveiller et punir : la naissance de la prison*, Gallimard, 1993.
- *Histoire de la sexualité I*, Gallimard, 1994.
- *Les anormaux. Cours au collège de France 1974-1975*, EHESS, Gallimard, Seuil 1999.

**GUILLEBAUD J.-C.**, *Le principe d'humanité*, Seuil, 2001.

**HUGO V.**, *L'homme qui rit*, Gallimard, 2002.

**KANT E.**, *Doctrine de la vertu. Métaphysique des mœurs*, Vrin, 1996.

**LEVI-STRAUSS C.**, *Les Structures élémentaires de la parenté*, EHESS, 2017.

**MALRAUX M.**, *La condition humaine*, Gallimard, 1972.

**MILL J. S.**, *De la liberté*, Gallimard, 1990.

**DE MONTESQUIEU C.**,

- *Lettres persanes*, Le livre de poche, 2006.
- *De l'esprit des lois*, Ellipses, 2015.

**NIETZSCHE F.**, *Le Gai Savoir*, Flammarion, 2007.

**OGIEN R.**,

- *La panique morale*, Grasset, 2004.
- *La morale a-t-elle un avenir ?*, Editions Pleins Feux, 2006.
- *L'éthique aujourd'hui : Maximalistes et minimalistes*, Folio, 2007.
- *Penser la pornographie*, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 2008.
- *L'influence de l'odeur des croissants chauds sur la bonté humaine : et autres questions de philosophie morale expérimentale*, Grasset, 2011.

**PASCAL B.**, *Pensées*, LDF, 2000.

**PLATON**,

- *La République*, Flammarion, 1966.
- *Théétète*, Flammarion, 2004.

**POIRIER J. (dir.)**, *Histoire des mœurs*, Tome II, Volume 1, Gallimard, 2002.

**RIMBAUD A.**, *Une saison en enfer*, Gallimard, 1999.

**DE SADE D. A. F.**, *Philosophie dans le boudoir*, Gallimard, 1976.

**SALIN P.**, *N'ayez pas peur du libéralisme*, Odile Jacob, 2007.

**SARTRE J.-P.**,

- *L'Être et le Néant*, Gallimard, 1943.
- *Les mains sales*, Gallimard, 1968.
- *L'existentialisme est un humanisme*, Folio, 1996.

**TACITE**, *Annales*, Folio, 1993.

**TATON R.**, *Histoire générale des sciences*, Tome I, PUF, 1957.

**TENZER N.**, *Philosophie politique*, PUF, 2<sup>ème</sup> édition, 1998.

**DA VINCI L.**, *Frammenti letterari e filosofici Copertina rigida*, Giunti, 1979.

### III. Encyclopédies

#### A. Juris-Classeur

**DETRAZ S.**, *J-Cl communication*, art. 227-24, fascicule 72 : Diffusion de messages nocifs pour les mineurs, mai 2021.

**RASSAT M.-L.**,

- *J-Cl pénal Code*, arts. 222-22 à 222-33-1, fascicule 20 : Agressions sexuelles, avril 2020.

**ROBERT A.-G.**,

- *J-Cl. Pénal Code*, art. 227-22-1, fascicule 20 : Propositions sexuelles à mineur de quinze ans par voie de communication électronique, janvier 2021.
- *J-Cl pénal Code*, art. R. 624-2, fascicule 20 : Contraventions contre les personnes, juillet 2009.

#### B. Répertoire Dalloz

**AGOSTINI F.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Compétence, janvier 2021.

**BONFILS PH. et BOURGEOIS-ITIER L.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Enfance délinquante, juin 2021.

**BUISSON J.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Preuve, octobre 2020.

**CAPPELLO A.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Question prioritaire de constitutionnalité, juin 2015.

**CARIO R.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Justice restaurative, mai 2018.

**CARIO R. et RUIZ-VERA S.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Victimes d'infraction, décembre 2020.

**CERE J.-P. et GREGOIRE L.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Peine : nature et prononcé, octobre 2020.

**CHOPIN F.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Cybercriminalité, juin 2021.

**DALLOZ M.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Circonstances aggravantes, août 2018.

**DARSONVILLE A.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Viol, avril 2021.

**DEUMIER P.**, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Jurisprudence, juillet 2019.

**DOURNEAU-JOSETTE P.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale, mars 2021.

**GAUTRON V.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Fichiers de police, mars 2019.

**HAUSER J. et LEMOULAND J.-J.**, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Ordre public et bonnes mœurs, décembre 2019.

**KUREK C.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Corps humain et bioéthique, octobre 2019.

**MALABAT V.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Infractions sexuelles, avril 2021.

**MARCHADIER F.**, *Rép. Civ. Dalloz*, v° Majeur protégé, mai 2021.

**MISTRETTA P.**,

- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Harcèlement, décembre 2020.
- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Interruption volontaire de grossesse, mai 2019.

**PY B.**,

- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Secret professionnel, Juin 2021.
- *Rép. Pén. Dalloz*, v° Prostitution, proxénétisme, racolage, mai 2021.

**REDON M.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Tribunal correctionnel, juin 2021.

**VIRIOT-BARRIAL D.**, *Rép. Pén. Dalloz*, v° Dignité de la personne humaine, septembre 2020.

#### **IV. Lexiques et dictionnaires**

**CORNU G.**, *Vocabulaire juridique*, PUF, 13<sup>ème</sup> édition, 2020.

**GUINCHARD S. et DEBARD T.**, *Lexique des termes juridiques 2020-2021*, Dalloz, 28<sup>ème</sup> édition, 2020.

## V. Articles de doctrine, chronique et notes de jurisprudence

**ABOUCAÏA E.**, « De l'usage ou du mésusage de l'expertise devant les juridictions répressives », *AJ pénal* 2006, p. 70 s.

**ACH N.**, « La police des publications licencieuses et pornographiques », in B. PY et N. DEFFAINS (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2011, p. 139 s.

**AGARD-PEANO M.-A.**, « Le principe de la légalité et la peine », *RPDP* 2001, p. 289 s.

**AGGARWAL N. K.**, *Neuroimaging, culture, and forensic psychiatry*. J Am Acad Psychiatry Law Online, 2009, p. 239 s.

**AGHABABIAN V., LANÇON C., GIOCANTI C., GLEZER D. et LEONETTI G.**, « Les décrets d'application de la loi du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des auteurs d'infractions sexuelles : aspects législatifs et clinique », *Annales Médico-Psychologique*, 2001, vol. 159, p. 424 s.

**AGUIRRE G. K.**, « Functional Neuroimaging: Technical, Logical, and Social Perspectives », *Hastings Cent Rep*, 2014, p. 8 s.

**AH-THION O.**, « Loïc PAREIN, *Victimes et procès pénal : je t'aime, moi non plus ?* Charmey, Les Éditions de l'Hebe, 2008, coll. « La question », 96 pages », *RCS* 2009, p. 468 s.

**AILINCAI M.**, « Propos introductifs », *Revue des droits de l'homme*, novembre 2015.

**ALIX J.**, « Une liaison dangereuse. Dangereusité et droit pénal en France », in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *La dangereusité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 49 s.

**ALLAND D.**, « Les mœurs sont-elles solubles dans le droit ? », *Droits* 1994, n° 19, p. 3 s.

**ALT-MAES F.**,

- « L'apport de la loi du 20 décembre 1988 à la théorie du consentement de la victime », *RSC* 1991, p. 244 s.
- « Un exemple de dépénalisation : la liberté de conscience accordée aux personnes tenues au secret professionnel », *RSC* 1998, p. 301 s.

**AMBROISE-CASTEROT C.**, « Recherche et administration des preuves en procédure pénale : la quête du Graal de la Vérité », *AJ Pénal* 2005, p. 261 s.

**D'AMBROSIO L.**, « De l'incapacitation à l'exclusion ? Dangereusité et droit pénal en Italie », in G. GIUDICELLI-DELAGÉ et CH. LAZERGES (dir.), *La dangereusité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 167 s.

**ANCEL M.**,

- « Défendre la Défense sociale ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1964, p. 195 s.
- « La césure du procès pénal », in *Problèmes contemporains de la procédure pénale : recueil d'études en hommage à M. Louis Hugueney*, Institut de droit comparé de la faculté de droit de Sirey, 1964, p. 205 s.

- « La peine dans le droit pénal classique et dans les doctrines de la Défense sociale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1973, p. 191 s.

**ANDRO A. et LESCLINGAND M.,**

- « Les mutilations génitales féminines. État des lieux et des connaissances », *Population* 2016, vol. 71, p. 224 s.
- « Les mutilations génitales féminines dans le monde », *Population & Sociétés*, 2017, n° 543, p. 1 s.

**BACHLER L.,** « Qu'est-ce qu'une punition juste ? », *Spirale* 2021, n° 62, p. 123 s.

**BACHELET O.,**

- « Le retour de l'inceste dans le Code pénal : pourquoi faire ? », *Droit Pénal*, avril 2010, étude n° 7.
- « Droit au suicide : un nouveau jalon posé par la Cour européenne », *Dalloz actualité*, 3 février 2011.

**BADINTER R. et DELMAS-MARTY M.,** « La liberté d'expression conditionne l'exercice de tous les autres droits, entretien de Robert Badinter et Mireille Delmas-Marty », in *La liberté d'expression. Les grands textes de Voltaire à Camus*, Le Monde, Hors Série, mars 2015, p. 8 s.

**BARATTA A.,** « Évaluation et prise en charge des délinquants et criminels sexuels », *Institut pour la justice*, 2011.

**BARATTA A., MORALI A., HALLEGUEN O. et MILOSESCU G.-A.,** « Prise en charge médicojudiciaire des auteurs d'infractions sexuelles », *Médecine & Droit*, 2011, p. 114 s.

**BEAUSSONIE G.,** « La notion de valeurs sociale protégée », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 5 s.

**BEDDIAR N.,** « La césure du procès pénal des mineurs », *AJ pénal* 2019, p. 483 s.

**BELACEL F.,** « Polices administratives et tourisme : de la sécurité du touriste à l'encadrement de son comportement », *AJ collectivité territoriale*, 2019, p. 434 s.

**BELLON L.,** « Juges et psy : la confusion des langues », *RCS* 1999, p. 783 s.

**BENBOURICHE M., VANDERSTUKKEN O., PALARIC R. et LE BAS P.,** « Prévenir la récidive des auteurs d'infraction à caractère sexuel en France : Présentation et mise en perspective des interventions cognitivo-comportementales », in J.-L. SENON, C. JONAS, M. VOYER (dir.), *Psychiatrie légale et criminologie clinique*, Elsevier Masson, 2013, p. 330 s.

**BENEJAT-GUERLIN M.,** « Droit pénal et fin de vie », *AJ pénal* 2016, p. 522 s.

**BENICHOU M.,** « Le résistible déclin du secret », *Petites affiches* 20 juin 2001, n° 122, p. 3 s.

**BENILLOUCHE M.,**

- « L'obligation de soins et le juge pénal », *Revue générale de droit pénal*, 2011, p. 29 s.
- « Pour la création d'une qualification unique de harcèlement », *Droit pénal*, septembre 2015, étude n° 18.

**BENNETT C. M., MILLER M. B.**, « How reliable are the results from functional magnetic resonance imaging ? », *Ann N Y AcadSci* 2010, p. 133 s.

**BERGHUIS C.**, « La prévention générale : limites et possibilités », in *Les objectifs de la sanction pénale. En hommage à Lucien Slachmuylder*, Bruylant, 1989, p. 69 s.

**BERT J.-F.**, « Évolution et critique du concept de dangerosité dans la criminologie : la mise en perspective foucauldienne », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 157 s.

**BERTHET G. et MONNOT C.**, « L'audition du mineur victime, recueil de la parole de l'enfant par la police », *Enfances & Psy*, n° 36, 2007, p. 80 s.

**BERTIN PH.**, « Le sexe du diabolin ou Métro, boulot, porno... », *Gaz. Pal.* 1990, doct. p. 296 s.

**BESSE V. T.**, « Les agressions sexuelles dans la sphère conjugale, casse-tête de Cupidon à l'adresse du juge répressif », *RSC* 2018, p. 21 s.

**BINET J.-R.**,

- « Les pratiques médicales en fin de vie : cadre juridique général », in C. RIBEYRE (dir.), *Fin de vie et droit pénal. Le risque pénal dans les situations médicales de fin de vie*, Cujas, 2014, p. 43 s.
- « Présentation de la loi créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *Droit de la famille*, octobre 2016, dossier n° 34.

**BINET-GROSCLAUDE A. et JACQUELIN M.**, « "Je vous arrête pour le crime que vous allez commettre". Dangerosité et droit en Angleterre et au Pays de Galles », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 195 s.

**BLANC A.**, « La réforme de la Cour d'assises », *AJ pénal* 2019, p. 184 s.

**BLOCMAN A.**, « Liberté d'expression : une militante Femen échappe à une condamnation pour exhibition sexuelle », *Dalloz actualité*, 6 mars 2020.

**BOCCON-GIBOD D.**, « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique », *AJ Pénal* 2016, p. 297 s.

**BONFILS PH.**

- « Le discernement en droit pénal », in *Mélanges Gassin*, 2007, PUAM, p. 97 s.
- « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 392 s.
- « Loi n° 2010-121 du 8 févr. 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 s.
- « La primauté de l'éducation sur la répression », *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 55.
- « Entre continuité et rupture : la loi du 3 août 2018 sur les violences sexuelles et sexistes », *JCP G* n° 39, 2018, 975.
- « La nouvelle primauté de l'éducation sur la répression », *Droit pénal*, juillet 2018, étude n° 20.
- « Réforme de la justice des mineurs », *D.* 2019, p. 984 s.

- « Le renforcement de la lutte contre les violences au sein de la famille Commentaire de la loi du 28 décembre 2019 », *Droit de la famille*, mars 2020, étude n° 10.

**BONNARD M.**, « L'homosexualité et le droit », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 251 s.

**BORRILLO D.**, « Liberté érotique et "exception sexuelle" », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 38 s.

**BOUCHEZ Y. et DE FOUCHER L.**, « "Féminicide", ce terme qui embarrasse la magistrature », *Le Monde*, 23 août 2019.

**BOUDON R.**, « Penser la relation entre le droit et les mœurs », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à F. TERRÉ*, Dalloz, PUF, Juris-Classeur, 1999, p. 11 s.

**BOUX A. et SHLAFFMANN-AMPRINO M.**, « La rétention de sûreté dans le collimateur du Contrôleur général des lieux de privation de liberté », *La Revue des droits de l'homme*, mars 2014.

**BOULOC B.**, « Regard sur la prescription pénale », *AJ Pénal* 2016, p. 294 s.

**BOURDIEU P.**, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes*, janvier 1973, p. 1292 s.

**BOURGEOIS M. L.**, « Croire et douter. Juger à l'heure des neurosciences », *Annales Médico-Psychologiques*, 2015, p. 623 s.

**BRAHMY B.**, « La prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles en milieu pénitentiaire », *AJ pénal* 2004, p. 60 s.

**BRIGANT F.**, « La prise en charge des délinquants sexuels en milieu fermé », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 135 s.

**BRUGIERE S.**, « La dignité schizophrène ? », *D.* 2005, p. 1169 s.

**BRUNIN L. et EPINEUSE H.**, « Vers une meilleure connaissance des facteurs d'influence dans le processus de décision judiciaire ? », *Les Cahiers de la justice*, 2015, n° 4, p. 501 s.

**BUISSON J.**, « La réforme de la prescription en matière pénale par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 », *Procédures* n° 4, avril 2017, étude n° 20.

**BUSSY F.**, « La consécration par le juge français du respect de la dignité humaine », in *Justice et droits fondamentaux, Études offertes à J. Normand*, Litec, 2003, p. 61 s.

**CAHN O.**, « Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale », in O. CAHN et K. PARROT (dir.), *Actes de la journée d'études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012*, Lextenso, 2013, p. 20 s.

**CAILLAUD-RITTER E.**,

- « Psychothérapies sous contraintes », *L'information psychiatrique* 2009, vol. 85, p. 715 s.

- « Les agresseurs sexuels et la loi », *Le journal des psychologues* 2012, n° 294, p. 41 s.

**CAPELLO A.**, « La liberté d'expression : un nouveau fait justificatif ? », *AJ Pénal* 2020, p. 339 s.

**CARIO R.**,

- « La justice restaurative : vers un nouveau modèle de justice pénale ? », *AJ Pénal* 2007, p. 373 s.
- « Les rencontres restauratives en matière pénale. De la théorie à l'expérimentation des rendez-vous », *AJ Pénal* 2011, p. 294 s.
- « Justice restaurative : principes et promesses », *Les Cahiers Dynamiques*, 2014, n° 59, p. 24 s.

**CARPANO E. et C. MOISAN C.**, « Liberté sexuelle et droit européen », in C.-A. DUBREUIL (dir.) *Sexe & Droit*, LGDJ, 2014 p. 133 s.

**CARSORLA F.**, « La victime et le juge pénal », *RPDP* 2003, p. 639 s.

**CASADO A.**, « Brèves remarques à la lecture de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *Droit pénal*, juin 2016, étude n° 12.

**CASTAIGNEDE J.**, « Le suivi socio-judiciaire applicable aux délinquants sexuelles, ou la dialectique sanction-traitement », *D.* 1999, p. 23 s.

**CAYLA O.**,

- « Le coup d'État de droit ? », *Le Débat*, 1998, n° 100, p. 108 s.
- « Jeux de nains, jeux de vilains », in G. LEBRETON (dir.), *Les droits fondamentaux de la personne humaine en 1995 et 1999*, l'Harmattan, 1999, p. 155 s.
- « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 31 janvier 2003, p. 14 s.

**CAZALS A.**, « À la recherche de la vérité : l'office du juge », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 143 s.

**CERF-HOLLENDER A.**, « Femen : exhibition sexuelle versus liberté d'expression politique », *L'essentiel droit de la famille et des personnes*, p. 7 s.

**CHAMPAGNE P.**, « Les médias, la dangerosité et les risques », in P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 207 s.

**CHAVANNE A.**, « Les circonstances aggravantes en droit français », *Revue internationale de droit pénal*, 1965, p. 527 s.

**CHAVANNE M.**, « L'ADN, "reine des preuves", une place à redéfinir », *AJ Pénal* 2021, p. 180 s.

**CIAVALDINI A.**, « La désistance dans la prise en charge des auteurs d'infractions à caractère sexuel », *AJ Pénal* 2015, p. 130 s.

**CIMAMONTI S.**, « L'ordre public et le droit pénal », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XX<sup>e</sup> siècle*, Dalloz, 1996, p. 89 s.



**CLAVERIE-ROUSSET C.**, « Commentaire des principales dispositions de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles ou sexistes », *Droit pénal*, octobre 2018, étude n° 23.

**COCHE A.**, « Faut-il supprimer les expertises de dangerosité ? », *RSC* 2011, p. 21 s.

**COIGNAC A.**, « Justice restaurative : la réparation les yeux dans les yeux », *Dalloz actualité*, 30 juillet 2018.

**COLSON R.**, « Cannabis thérapeutique : légalisation par la loi de financement de la sécurité sociale », *D.* 2020, p. 21 s.

**DE COMBLES DE NAYVES P.**, « Loi sur l'inceste : peut mieux faire », *Constitutions* 2012, p. 91 s.

**COMMAILLE J.**, « Droit et mœurs ou l'avènement d'un modèle d'illégitimité réciproque », *Droits* 1994, n° 19, p. 63 s.

**CONTE PH.**,

- « Les outrages aux bonnes mœurs, de l'ancien au nouveau Code pénal », in *Liberté de la presse et droit pénal*, PU d'Aix-Marseille, 1993, p. 197 s.
- « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité. Études offertes à Jacques Béguin*, Litec-Lexisnexis, 2005, p. 141 s.
- « La loi sur la prévention de la délinquance : présentation des dispositions de droit pénal », *Droit pénal*, mai 2007, étude n° 7.
- « Principe de la légalité criminelle : quelques airs nouveaux sur des paroles anciennes », *Droit pénal*, juin 2020, étude n° 17.
- « Non-dénonciation de mauvais traitements infligés à une personne vulnérable », *Droit pénal*, Juin 2021, comm. 102.

**COSCAS-WILLIAM B.**, « Condamné sur le fondement d'un rêve ? La considération de l'amnésie traumatique due à l'inceste par la Cour suprême israélienne », *Droit et cultures – Revue internationale interdisciplinaire*, n° 73, 2017, p. 139 s.

**COSTE F.-L.**, « Le sexe, la loi pénale et le juge ou évolution d'un principe séparateur instituant l'altérité », *D.* 1997, p. 179 s.

**COURTAIGNE-DESLANDES C.**, « À la recherche du fondement des infractions sexuelles contemporaines », *Droit pénal*, février 2013, étude n° 5.

**COURTIN CH.**, « La prescription des infractions contre les mineurs », *AJ Pénal* 2016, p. 299 s.

**COUSTET TH.**,

- « Justice restaurative : un dispositif encore trop peu utilisé », *Dalloz actualité*, 12 juin 2019.
- « Violences conjugales : le procureur à l'origine de la prise en charge des hommes violents », *Dalloz actualité*, 20 décembre 2019.

**COUV RAT P.**, « Le suivi socio-judiciaire, une peine pas comme les autres », *RSC* 1999, p. 376 s.

**CREMIERE M.**, « Justice restauratrice : une voie trop ignorée », *Journal du droit des jeunes*, n° 334, 2014, p. 9 s.

**DALIGAND L.**, « Les effets du secret de l'inceste : sclérose interne et vide générationnel », *Les petites affiches*, 3 mai 1995, n° 53, p. 56 s.

**DANET J.**,

- « Le statut de l'homosexualité dans la doctrine et la jurisprudence française », in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999 p. 97 s.
- « La prescription de l'action publique, un enjeu de politique criminelle », *Archives de politique criminelle*, 2006, n° 28, p. 73 s.
- « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, 2008, vol. 5, p. 15 s.
- « Une amende de composition pénale ne peut constituer le premier terme de la récidive », *AJ Pénal* 2010, p. 187 s.
- « Des conséquences processuelles d'une inconstitutionnalité ou des effets pratiques de la malheureuse "inscription" de l'inceste dans le code pénal », *RSC* 2012, p. 183 s.

**DANTI-JUAN M.**,

- « La notion de dignité humaine en droit pénal », in *Questions contemporaines de science criminelle*, Cujas, 1996, vol. 16, p. 99 s.
- « Quelques réflexions sur la légitimité normative en droit pénal », in *Légalité, légitimité, licéité : Regards contemporains, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuic*, PU de Nancy, 2018, p. 59 s.

**DAOUD E. et BINSARD R.**, « La loi de programmation 2018-2022 et réforme pour la justice et les droits de la défense : l'impossible conciliation », *AJ Pénal* 2019, p. 188 s.

**DARBEDA P.**, « L'injonction de soins et le suivi socio-judiciaire », *RSC* 2001, p. 625 s.

**DARGENTAS E.**, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411 s.

**DARLEY M.**, « Juger ailleurs, juger autrement. L'exploitation sexuelle en procès : perspectives comparées franco-allemandes », *Les Cahiers de la justice*, 2017, n° 1, p. 107 s.

**DARSONVILLE A.**,

- « Le surinvestissement législatif en matière d'infraction sexuelles », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 31 s.
- « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Droit pénal*, mars 2007, étude n° 4.
- « Ordre public et droit pénal », in CH.- A. DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, Actes du colloque des 15 et 16 décembre 2011, Cujas, 2013, p. 287 s.
- « Lutter contre la prostitution sous la contrainte », *Dalloz actualité*, 31 janvier 2014.
- « La définition légale de la contrainte morale : simple guide rétroactif à usage des juges », *AJ Pénal* 2015, p. 421 s.
- « Recul du point de départ de la prescription de l'action publique et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ Pénal* 2016, p. 306 s.
- « Prescription de l'action publique des crimes sexuels commis contre les mineurs : le droit face à l'émotion », *Dalloz actualité*, 27 février 2017.
- « Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles », *AJ Pénal* 2017, p. 532.
- « Réformer l'incrimination de viol ? », *D.* 2017, p. 640 s.

- « Loi du 28 décembre 2019 : une approche pluri-disciplinaire dans la lutte contre les violences au sein de la famille », *AJ Pénal* 2020, p. 60 s.
- « La pertinence des valeurs sociales protégées », P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L’empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 35 s.
- « La fin de la mise en cause du cardinal Barbarin et le renouveau du délit de non-dénonciation de mauvais traitements », *AJ Pénal* 2021, p. 257 s.

**DASSA-LE DEIST D.,**

- « Les infractions en matière sexuelle à l’aune du principe de légalité », *Gaz. Pal.* 2012, n° 301, p. 4 s.
- « La consécration d’une justice restaurative : une mesure nouvelle, mais pour restaurer quoi ? » *Gaz. Pal.* 2014, n° 294, p. 5 s.

**DAURY-FAUVEAU M.,** « La pénalisation proliférante des atteintes virtuelles aux personnes », *Mélanges en l’honneur du Professeur Jacques-Henri ROBERT*, LexisNexis, 2012, p. 179 s.

**DAVID M.,** « Le secret médical en prison et ailleurs. Un concept dépassé et ringard ou un désordre des esprits ? », *L’information psychiatrique*, 2015, vol. 91, p. 662 s.

**DEBOVE F.,** « L’overdose législative », *Droit Pénal*, octobre 2004, étude n° 12.

**DEBUYST C.,**

- « Le concept de dangerosité et un de ses éléments constitutifs : la personnalité (criminelle) », *Déviance et société*, 1977, vol. 1, p. 363 s.
- « La notion de dangerosité, maladie infantile de la criminologie », *Criminologie*, 1984, vol. 17, p. 7 s.

**DECIMA O.,** « La qualification pénale et les valeurs sociales protégées », in P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L’empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 47 s.

**DEFFAINS N.,** « La liberté sexuelle : Quelle liberté ? Quel régime ? », in N. DEFFAINS et B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2010, p. 74 s.

**DELACRAUSAZ P. et GASSER J.,** « La place des instruments d’évaluation du risque de récidive dans la pratique de l’expertise psychiatrique pénale : l’exemple lausannois », *L’information psychiatrique*, 2012, vol. 88, p. 439 s.

**DELAGE P.-J.,**

- « La dangerosité comme éclipse de l’imputabilité et de la dignité », *RSC* 2007, p. 797 s.
- « Prolégomènes. Fragments archéologiques de la défense sociale », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 23 s.

**DELMAS-MARTY M.,**

- « Le crime contre l’humanité, les droits de l’homme et l’irréductible humain », *RSC* 1994, p. 477 s.
- « Violences et massacres : entre droit pénal de l’ennemi et droit pénal de l’inhumain », *RSC* 2009, p. 59 s.
- « Sécurité et dangerosité », *RFDA* 2011, p. 1096 s.

**DEMICHEL M.,** « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, p. 213 s.

**DENIZOT A.**, « Une loi inapplicable est-elle une loi inutile ? » *RTD Civ.* 2018, p. 980 s.

**DETRAZ S.**,

- « L'inceste : l'inconnu du droit positif », *Gaz. Pal.* 2010, n° 63, p. 10 s.
- « Appel de l'ordonnance d'hospitalisation d'office », *D.* 2010, p. 942 s.
- « Délinquance des mineurs et récidive », *D.* 2011, p. 428 s.
- « Les nouvelles dispositions réprimant les atteintes à l'intimité sexuelle : faire compliqué quand on peut faire simple », *RSC* 2016, p. 741 s.
- « Durcissement des circonstances aggravantes de discrimination », *Gaz. Pal.* 2017, n° 16, p. 68 s.
- « Exhibition sexuelle : légalité et conventionnalité sont les deux mamelles du droit pénal », *Gaz. Pal.* 2020, n° 18, p. 44 s.
- « Le dédoublement des infractions sexuelles », *Droit pénal*, Juin 2021, étude n° 12.

**DETRAZ S. et SAENKO L.**, « La loi du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! », *D.* 2018, p. 2031 s.

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

**DODIER O.**, « Légiférer au moyen de l'amnésie traumatique constitue un risque », *Dalloz actualité*, 6 décembre 2017.

**DONINI M.**, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *RSC* 2009, p. 31 s.

**DOURNEAU-JOSETTE P. et TULKENS F.**, « La défense sociale au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », *Déviante et Société*, 2010, vol. 34, p. 691 s.

**DOZOIS J., LALONDE M. et POUPART J.**,

- « La dangerosité : un dilemme sans issue ? Réflexion à partir d'une recherche en cours », *Déviante et Société*, 1981, vol. 5, p. 383 s.
- « La dangerosité, un débat à poursuivre », *Criminologie*, 1984, vol. 17, p. 3 s.

**DREUILLE J.-F.**, « Le droit pénal de l'ennemi : éléments pour une discussion », *Jurisprudence revue critique*, 2012, p. 149 s.

**DREYER E.**,

- « La dignité des personnes âgées », in J.-R. BINET (dir.), *Dignité et vieillissement de la personne*, Lexisnexis, 2008, p. 3 s.
- « La dignité opposée à la personne », *D.* 2008, p. 2730 s.
- « Cassation d'une condamnation pour injure homophobe », *JCP G* 2008, II, 10206.
- « Notations sur l'éclatement des circonstances aggravantes », in V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale – Opinio doctorum*, Dalloz, 2009, p. 63 s.
- « Que veut-on protéger au titre du harcèlement sexuel ? », *JCP G* 2012, p. 1057 s.
- « Inscription au FIJAIS : arrêt bâclé ! », *Gaz. Pal.* 2015, n° 223, p. 22 s.
- « Existerait-il une méta-légalité en droit pénal », in B. PY et F. STASIAK (dir.), *Légalité, légitimité, licéité : Regards contemporains, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvin*, PU de Nancy, 2018, p. 95 s.
- « Détention d'image pédopornographiques », *RSC* 2018, p. 112 s.

- « Corruption de mineur : instrument de police des comportements dans la sphère familiale ? (Crim. 7 mars 2018, n° 17-81.729) », *RSC* 2018, p. 719 s.
- « Ne pas attendre la rétention de sûreté pour soigner ! », *Gaz. Pal.* 2018, n° 27, p. 27 s.
- « Harcèlement sexuel : preuve du résultat par la circonstance aggravante », *Gaz. Pal.* 2019, n° 29, p. 45 s.
- « Propositions sexuelles par SMS... effacés ! (Cour de cassation, crim. 20 fév. 2019, n° 18-82.334) », *RSC* 2019, p. 642 s.
- « Tester la fidélité d'une mineure par SMS : attention, danger ! (Cour de cassation du 5 juin 2019, n° 18-84.350) », *RSC* 2019, p. 644 s.
- « Suffit-il d'y croire pour commettre une infraction ? », *D.* 2021, p. 605 s.
- « Retour sur la non-dénonciation d'infractions commises sur mineur ou personne vulnérable », *Gaz. Pal.* 2021, n° 421, p. 2 s.
- « Suivi postpénal : l'autre monde sans fin », *Gaz. Pal.* 2021, n° 42113.
- « Contrôle de la nécessité d'une incrimination », *Gaz. Pal.* 2021, n° 42116.

**DROUIN N.**, « Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynes) à l'épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881 », *RSC* 2017, p. 481 s.

**DUBOIS C. et BOUCHET M.**, « Réflexion sur les seuils d'âge en droit pénal de fond », *D.* 2018, p. 1268 s.

**DUBOURG É.**, « Les instruments d'évaluation des risques de récidive, du jugement professionnel non structuré aux outils actuariels », *Criminocorpus*, 3 mars 2016.

**DUPARC C.**, « Contribution de la loi du 28 décembre 2019 à la lutte contre les violences au sein de la famille », *JCP G* n° 7-8, 17 février 2020, 187.

**DUPRAS A.**, « Les droits sexuels des personnes en situation de handicap : entre uniformité et diversité », *Sexologie*, juillet – septembre 2015, vol. 24, p. 128 s.

**EDELMAN B.**, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau », *D.* 1997, p. 185 s.

**EVEILLARD G.**, « Le Conseil d'État et l'affaire Dieudonné », *Droit administratif*, mai 2014, comm. 33.

**FABRE-MAGNAN M.**,

- « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973 s.
- « La dignité en droit : un axiome », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 2007, vol. 58, p. 1 s.
- « Le domaine de l'autonomie personnelle : Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 31 s.

**FABRE-MAGNAN M., LEVINET M., MARGUENAUD J.-P. et TULKENS F.**, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement », *Droits* 2008, n° 48, p. 3 s.

**FARGE P.**, « Attendre et espérer », *AJ Pénal* 2016, p. 292 s.

**FARRINGTON D., JOLLIFFE D. et JOHNSTONE L.**, « *Assessing Violence Risk: A Framework for Practice* », *Institute of Criminology*, 2008.

**FAVOREU L.**, « La constitutionnalité du droit pénal et de la procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, p. 169 s.

**FENOUILLET D.**, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit français à la fin du XXème siècle, Études offertes à P. Catala*, Litec, 2001, p. 487 s.

**FIORINI B.**, « Le jury populaire, vecteur de confiance dans la justice criminelle », *AJ Pénal* 2021, p. 183 s.

**FLÜCKIGER A.**, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, janvier 2007, n° 21.

**FORTIS E.**, « Ambiguïtés de la place de la victime dans la procédure pénale », *Archives de politique criminelle*, 2016, n° 28, p. 41 s.

**FOUCAULT M.**, « L'Occident et la vérité sur le sexe », *Le Monde*, 5 novembre 1976, p. 24 s.

**FUCINI S.**,

- « Affaire *Barbarin* : relaxe en appel pour non-dénonciation de mauvais traitements », *Dalloz actualité*, 4 février 2020.
- « Loi de réforme de la justice : principales dispositions pénales », *Dalloz actualité*, 2 avril 2019.

**GACHI K.**, « Fichier des délinquants sexuels : position de la CEDH », *D.* 2010, p. 93 s.

**GALLOIS J., GOUDJIL S., MAJORCZUK M., OUDAUD A. et PIGNATEL L.**, « L'effet thérapeutique du procès pénal », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 157 s.

**GALLOUX J.-C.**, « L'empreinte génétique, la preuve parfaite ? », *JCP G* 1991, II, 3497.

**GARAPON A.**,

- « Droit et morale dans une démocratie d'opinion », in A. GARAPON et D. SALAS (dir.), *La justice et le mal*, Odile Jacob, 1997, p. 191 s.
- « La démocratie à l'épreuve de la justice », *Justices*, 1999, n° 1, p. 43 s.

**GARCIA K.**, « Peut-on imaginer une infraction de féminicide en France ? », *The Conversation*, 23 février 2017.

**GARE T.**, « Inceste : inscription au code pénal », *D.* 2009, p. 2830 s.

**GARNERIE L.**, « Tribunal criminel départemental : pour le CNB, c'est non », *Gaz. Pal.* 2018, n° 31, p. 5 s.

**GASSIN R.**, « Le principe de la légalité et la procédure pénale », *RPDP* 2001, p. 300 s.

**GAUTRON V.**,

- « La prolifération incontrôlée des fichiers de police », *AJ Pénal* 2007, p. 57 s.
- « Les mesures de sûreté et la question de la dangerosité : la place des soins pénalement ordonnés », *Criminocorpus*, 10 mars 2016.

**GAUTRON V. et DUBOURG É.**, « La rationalisation des outils et méthodes d'évaluation : de l'approche clinique au jugement actuariel », *Criminocorpus*, 26 janvier 2015.

**GEORGE X.**, « La pédérastie aux États-Unis », *Arcadie*, janvier 1954, p. 9 s.

**GERMAIN D.,**

- « L'inceste en droit pénal : de l'ombre à la lumière », *RSC* 2010, p. 599 s.
- « Le consentement des mineurs victimes d'infractions sexuelles », *RCS* 2011, p. 817 s.

**GIAMI A.,** « Des perversions sexuelles aux troubles paraphiliques : comment le consentement s'est imposé comme valeur centrale dans les classifications médicales », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 140 s.

**GIRAULT C.,** « Identification et identité génétique », *AJ Pénal* 2010, p. 225 s.

**GIUDICELLI-DELAGE G.,** « Droit pénal de la dangerosité, droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69 s.

**GOBERT M.,** « Réflexions sur les sources du droit et les "principes" d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes (à propos de la maternité de substitution) », *RTD civ.* 1992, p. 489 s.

**GRUBIN D. et HERZOG-EVANS M.,** « L'utilisation de médicaments pour traiter de la délinquance sexuelle », *AJ Pénal* 2012, p. 622 s.

**GRUNVALD G.,**

- « Les correctionnalisations de l'infraction de viol dans la chaîne pénale », *AJ pénal* 2017, p. 269 s.
- « Les violences sexuelles sous le feu des données chiffrées », *AJ pénal* 2019, p. 344 s.

**GUERY CH.,**

- « Crimes et délits contre les mineurs par ascendants. Quelle prescription ? », *D.* 1997, p. 138 s.
- « L'inceste : étude de droit pénal comparé », *D.* 1998, p. 47 s.
- « Kafka II ou "pourquoi faire simple quand on peut faire... une nouvelle loi sur la prescription des infractions commises contre les mineurs ?" », *D.* 2004, p. 3015 s.
- « Définir ou bégayer : la contrainte morale après la loi sur l'inceste », *AJ pénal* 2010, p. 126 s.
- « De la formule "depuis temps non couvert par la prescription de l'action publique" et de ses effets », *AJ Pénal* 2016, p. 306 s.

**GUINCHARD S.,** « Les procès hors les murs », in *Écrits en hommage de Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 201 s.

**GYSEALAERS L.,** « Les transformations de la défense sociale. Dangerosité et droit pénal en Belgique », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 117 s.

**HANNAH-MOFFAT K.,**

- « Punishment and risk », in J. SIMON, R. SPARKS (dir.), *The Sage Handbook of Punishment and Society*, Sage, 2013, p. 129 s.
- « Actuarial sentencing: an "unsettled" proposition », *Justice Quarterly*, 2013, p. 270 s.

**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*, décembre 2020, étude n° 34.

**HARRIS C., VUL E., WINKIELMAN P. et PASHLER H.**, « Puzzlingly high correlations in fMRI studies of emotion, personality, and social cognition », *Perspect Psychol Sci* 2009, p. 274 s.

**HARRIS P. M.**, « What Community Supervision Officers Need to Know About Actuarial Risk Assessment and Clinical Judgment », *Federal Probation*, 2006, p. 8 s.

**HENETTE-VAUCHEZ S.**, « Une *dignitas* humaine ? Vieilles outres et vin nouveau », *Droits* 2009, n° 48, p. 59 s.

**HERRMAN J.**, « Le doute profite à la sécurité. Dangerosité et droit pénal en Allemagne », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 143 s.

**HERZOG-EVANS M.**,

- « Le sens de l'effacement de la peine », *AJ pénal* 2007, p. 412 s.
- « Les dispositions relatives à la récidive dans la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *D.* 2006, p. 182 s.
- « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté. L'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution des peines », *D.* 2008, p. 3098 s.
- « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des "principes cardinaux" de notre droit », *AJ pénal* 2008, p. 161 s.
- « Exécution des peines, délinquance sexuelle et "positionnement quant aux faits" : enjeux juridiques et criminologiques », *AJ pénal* 2012, p. 632 s.
- « Outils d'évaluation : sortir des fantasmes et de l'aveuglement idéologique », *AJ pénal* 2012, p. 75 s.
- « Conclusion. What should the ideal release process look like ? », in M. HERZOG-EVANS (dir.), *Offender release and supervision : The role of Courts and the use of discretion*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2015, p. 465 s.

**HOCHMANN T.**, « Tentation de définition du "contournement de la loi" à partir du cas de la pédopornographie virtuelle », in G. DALMAS, S.-M. MAFFESOLI et S. ROBBE (dir.), *Le traitement juridique du sexe*, L'Harmattan, 2010, p. 101 s.

**INGRAIN C. et LORRAIN R.**, « Réforme de la prescription pénale : la mise en œuvre et les conséquences (in)attendues de l'application immédiate de la loi », *Daloz actualité*, 20 février 2017.

**JAKOBS G.**, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7 s.

**JANUEL P.**,

- « Violences sexuelles sur mineur : le Sénat développe ses propres propositions », *Daloz actualité* 21 février 2018.
- « Violences sexistes et sexuelles : la commission amende le projet de loi », *Daloz actualité*, 11 mai 2018.
- « Féminicide : rapport de la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale », *D.* 2020, p. 391 s.
- « Violences conjugales : les députés dans l'impasse de la loi », *Daloz actualité*, 17 janvier 2020.
- « Prostitution : un rapport de l'inspection éreinte l'action du gouvernement », *Daloz actualité*, 24 juin 2020.



- « Cours criminelles : les députés tirent un premier bilan positif », *Dalloz actualité*, 16 décembre 2020.

**JEANDIDIER W.**, « La correctionnalisation législative », *JCP G* 1991, I, 3487, n° 3.

**JESTAZ P.**, « Pouvoir juridique et pouvoir moral », *Mc Gill Law Journal*, vol. 32, 1987, p. 835 s.

**JOSEPH-RATINEAU Y.**, « La privatisation de la répression pénale » *RCS* 2014, p. 883 s.

**KALUSZYNSKI M.**, « Le retour de l'homme dangereux : Réflexions sur la notion de dangerosité et ses usages », *Champ pénal*, 2008, vol. 5.

**KAMINSKI D.**, « Un nouveau sujet de droit pénal ? », in T. MOREAU et F. DIGNEFFE (dir.), *Responsabilité et responsabilisation dans la justice pénale*, 2006, p. 45 s.

**KATZ D.**, « Peut-on interdire les relations sexuelles aux patient d'un hôpital psychiatrique », *AJDA*, 2013, p. 115 s.

**KAUFMANN L.**, « L'opinion publique ou la sémantique de la normalité », *Langage et société* 2002, n° 100, p. 49 s.

**KENSEY A.**,

- « L'aménagement des peines dans sa diversité », *Cahiers de démographie pénitentiaire*, n° 13, septembre 2003.
- « Éléments statistiques sur les infractions sexuelles », *AJ pénal* 2004, p. 49 s.

**KUREK C.**, « Loi pénalisant les clients de la prostitution : objectif rempli pour le législateur ? », *AJ Pénal* 2019, p. 210 s.

**LAGADEC M.**, « L'addiction sexuelle : quelles stratégies thérapeutiques ? », *Psychotropes*, vol. 22, 2016, p. 11 s.

**LAMEYRE X.**,

- « Pour une éthique des soins pénalement obligés », *RSC* 2001, p. 521 s.
- « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *RSC* 2002, p. 547 s.
- « La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles », *AJ pénal* 2004, p. 54 s.
- « Infractions sexuelles : régime pénal spécial applicable après la loi du 9 mars 2004 et avant loi relative au traitement de la récidive », *AJ pénal* 2005, p. 192 s.
- « Des infractions sexuelles, Les mots de droit pénal français pour dire ces maux », disponible sur : [http://psydoc-fr.broca.inserm.fr/conf&rm/conf/confagrsex/RapportsExperts/Lameyre.html#\\_ftn1](http://psydoc-fr.broca.inserm.fr/conf&rm/conf/confagrsex/RapportsExperts/Lameyre.html#_ftn1) (dernière consultation le 31 août 2021).

**DE LAMY B.**, « Dérives et évolution du principe de la légalité en droit pénal français : contribution à l'étude des sources du droit pénal français », *Cahiers de droit*, vol. 50, n° 3-4, 2009, p. 585 s.

**LARONDE-CLERAC C.**, « La pratique jurisprudentielle des nullités en procédure pénale », *Droit pénal*, avril 2013, étude n° 9.

**LASCOUMES P.**, « L'homosexualité entre crime à la loi naturelle et expression de la liberté, La dépenalisation de l'attentat à la pudeur sur le mineur de 15 ans par une personne de même sexe », in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p. 109 s.

**LAURENT-BONNE N.**, « Analyse critique et comparative de la loi n° 2016-444 du 13 avril 2016 », *D.* 2016, p. 1713 s.

**LAVAUD-LEGENDRE B.**, « Le droit pénal, la morale et la prostitution : des liaisons dangereuses », *Droits* 2009, n° 49, p. 57 s.

**LAVIELLE B.**,

- « Surveiller et soigner les agresseurs sexuels, un des défis posés par la loi du 17 juin 1998 », *RSC* 1999, p. 35 s.
- « Une peine infinie (libres propos sur la rétention de sûreté) », *Gaz. Pal.* 2008, n° 64, p. 2 s.

**LAVRIC S.**,

- « L'aveu : gage de vérité ? », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 111 s.
- « Le "garantisme pénal" : pour la défense d'un droit pénal minimal », in *Légalité, légitimité, licéité : Regards contemporains, Mélanges en l'honneur du professeur Jean-François Seuvic*, PU de Nancy, 2018, p. 143 s.

**LAVRIC S., MENABE C. et PELTIER-HENRY M.**, « Enjeux et perspectives de la correctionnalisation judiciaire », *AJ Pénal* 2018, p. 188 s.

**LAZERGES CH.**,

- « Seuils d'âge et responsabilité pénale en Europe », *RSC* 1991, p. 414 s.
- « À propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle*, 1995, n° 17, p. 7 s.
- « À propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle*, 1995, n° 17, p. 7 s.
- « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RCS* 2004, p. 194 s.
- « Politique criminelle et droit de la pédophilie », *RSC* 2010, p. 725 s.
- « Le Conseil constitutionnel, garant de la spécificité de la justice des mineurs », *Les Cahiers de la Justice*, 2011, n° 3, p. 91 s.
- « L'irruption de la dangerosité dans les décisions du Conseil constitutionnel », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 79 s.
- « Le choix de la fuite en avant au nom de la dangerosité : les lois 1, 2, 3, 4, 5, etc. sur la prévention et la répression de la récidive », *RSC* 2012, p. 274 s.

**LAZERGES CH. et HENRION-STOFFEL H.**, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649 s.

**LE BAIL H., GIAMETTA C. et RASSOUW N.**, « Que pensent les travailleur.se.s du sexe de la loi prostitution: Enquête sur l'impact de la loi du 13 avril 2016 contre le "système prostitutionnel" », *Médecins du Monde*, 2018, p. 38.

**LECAME J.**, « Le statut juridique des personnes prostituées en France », *CRDF*, 2011, n° 9, p. 103 s.

**LECOMTE J.**, « Les multiples effets de la justice restauratrice », *Journal du droit des jeunes*, 2014, n° 334, p. 17 s.

**LEGARDINIER C.**, « Handicap : accompagnement sexuel ou prostitution ? », *Prostitution et Société*, n° 160, 2008.

**LE MAGUERESSE C.**, « Faut-il qualifier pénalement le féminicide ? », *Dalloz actualité*, 17 septembre 2019.

**LE MONNIER DE GOUVILLE P.**, « Le principe de nécessité en droit pénal – À propos de l’ouvrage d’O. Cahn et K. Parrot (dir.), Actes de la journée d’études radicales. Le principe de nécessité en droit pénal. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, Lextenso, Collection LEJEP, 2013 », *Les Cahiers de la justice*, 2014, n° 3, pages 495 s.

**LENA M.**, « Empreinte génétique : condamnation permettant l’inscription au fichier national », *D.* 2008, p. 1484 s.

**LEONETTI J., VIALLA F. et THIBERT J.-B.**, « Autour de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 créant de nouveaux droits en faveur des malades et des personnes en fin de vie », *RGDM* 2016, n° 59, p. 77 s.

**LEONHARD J.**,

- « La nudité toute nue », in N. DEFFAINS et B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2011, p. 85 s.
- « Les infractions sexuelles et la morale : de l’amour à la haine », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l’homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 91 s.
- « Représentation du Droit sur la sexualité du mineur : droit et non droit », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 9 s.
- « La loi du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l’inceste : entre illusions et désillusions », *AJ Pénal* 2021, p. 301 s.

**LEPAGE A.**,

- « Réflexions sur l’inscription de l’inceste dans le code pénal par la loi du 8 février 2010 », *JCP* 2010, n° 12, 335.
- « Le retour de la qualification d’incestueux dans le Code pénal : une cote toujours mal taillée », *Droit pénal*, mai 2016, étude n° 11.
- « L’article 226-2-1 du Code pénal. Une nouvelle strate dans la protection pénale de la vie privée », *Droit pénal*, janvier 2017, étude n° 1.
- « Quand le délit d’exhibition sexuelle croise de nouveau la liberté d’expression », *Communication Commerce électronique* n° 4, avril 2020, comm. 34.

**LERAY E. et MONSALVE E.**, « Un crime de féminicide en France ? À propos de l’article 171 de la loi relative à l’égalité et à la citoyenneté », *La Revue des droits de l’homme*, 10 février 2017.

**LERLOIS-HAPPES J.**, « Rétention de sûreté vs Unterbringung in die Sicherungsverwahrung : les enseignements d’une comparaison franco-allemande », *AJ pénal* 2008, p. 209 s.

**LETURMY L.**, « La répression de la délinquance sexuelle », in A. GIUDICELLI, J.-P. JEAN et M. MASSE (dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, 2009, p. 126 s.

**LEVASSEUR G.**, « Le viol perpétré par le mari sur sa femme », *RSC* 1991, p. 348 s.

**LEVINET M.**, « Dignité contre dignité. L'épilogue de l'affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *RTDH* 2003, n° 55, p. 1017 s.

**LIEVAUX CH.**, « Représentation sur les professionnels de santé auteurs de violences sexuelles : entre vérité et mensonges », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 55 s.

**LITWACK T. R. et SCHLESINGER L. B.**, « Dangerousness Risk Assessments : Research, Legal, and Clinical Considerations », in A. K. HESS et I. B. WEINER (dir.), *The Handbook of Forensic Psychology*, John Wiley & Sons, 1999, p. 171 s.

**LOCHAK D.**,

- « Droit normalité, normalisation », in *Le droit en procès*, PUF, 1983, p. 51 s.
- « Égalité et différences. Réflexion sur l'universalité de la règle de droit », in D. BORRILLO (dir.), *Homosexualités et droit*, PUF, 1999, p. 39 s.
- « La liberté sexuelle, une liberté (pas) comme les autres ? », in D. BORRILLO et D. LOCHACK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 7 s.

**LOGOTHETIS L. K.**, « What we can do and what we cannot do with fMRI », *Nature* 2008, p. 869 s.

**LUCIANI-MIEN D.**, « La loi du 23 mars 2019 : le rendement procédural au détriment des droits du suspect », *RSC* 2019, p. 765 s.

**MALABAT V.**,

- « De l'efficacité du contrôle de constitutionnalité en matière pénale », *Politeia*, 2004, n° 5, p. 159 s.
- « De la relativité de l'espace temps en matière pénale », *D.* 2005, p. 621 s.
- « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Mélanges Ottenhof, Le champ pénal*, Dalloz, 2006, p. 155 s.
- « Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in MALABAT V., DE LAMY B. et GIACOPELLI M. (dir.), *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, 2009.
- « Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque », *Revue de droit d'Assas*, février 2012, n° 5, p. 83 s.
- « Pas d'atteinte sexuelle, même aggravée, sans contact corporel », *AJ Pénal* 2016, p. 529 s.

**MALHIÈRE F.**, « L'autorité du juge à l'épreuve (du refus) de son pouvoir d'interprétation », *Les Cahiers de la justice*, 2020, n° 4, p. 633 s.

**MARGUENAUD J.-P.,**

- « Sadomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s.
- « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits* 2009, n° 49, p. 19 s.
- « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 25 s.

**MARSHALL W. L. et MARSHALL L. E.,** « Le traitement des agresseurs sexuels adultes », in F. CORTONI et T.H. PHAM (dir.), *Traité de l'agression sexuelle*, 2017, p. 163 s.

**MARTENS D.,** « Encore la dignité humaine : réflexions sur la promotion par les juges d'une norme suspecte », in *Mélanges en hommage à Pierre Lambert, Les droits de l'Homme au seuil du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 561 s.

**MARTINELLE M.,**

- « La victimologie, entre statut et sentiment : aspects juridiques », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 73 s.
- « Le mineur victime d'infraction sexuelle », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 219 s.

**MARTRILLE L.,** « À la recherche de la vérité : le travail du corps », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 95 s.

**MARY-PORTAS F.-L.,** « Données statistiques concernant la répression des infractions sexuelles en France. Les condamnations prononcées », in *Les soins obligés ou l'utopie de la triple entente, actes du XXXIII<sup>e</sup> congrès français de criminologie*, Dalloz, 2002, p. 201 s.

**MARZANO M.,** « Le mythe du consentement. Lorsque la liberté sexuelle devient une forme de servitude volontaire », *Droits* 2008, n° 48, p. 109 s.

**MATSOPOULOU A.,** « L'obligation de dénoncer n'est pas "éternelle !" », *JCP G* n° 22, mai 2021, 575.

**MAUD L.,** « Pédophilie : prévenir le premier passage à l'acte », *AJ Pénal* 2019, p. 289 s.

**MAYAUD Y.,**

- « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983, p. 597 s.
- « Des mauvais traitements sur mineurs de quinze ans et de leurs retombées, en termes de secours et de dénonciation, sur les professionnels de la santé et de l'assistance », *RSC* 1998, p. 320 s.
- « Les qualifications relatives aux atteintes sexuelles », *AJ Pénal* 2004, p. 9 s.
- « La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008, p. 1359 s.
- « L'inceste dans... l'illégalité », *RCS* 2011, p. 830 s.
- « Du viol à l'agression sexuelle, ou d'une correctionnalisation valant condamnation de la France », *RSC* 2012, p. 142 s.
- « Le viol : deux lois interprétatives pour une définition ! », *AJ Pénal* 2017, p. 257 s.
- « De la loi au Conseil constitutionnel, une réforme contrastée de la procédure pénale », *AJ Pénal* 2019, p. 176 s.

- « Lorsque le fantasme sexuel devient agression sexuelle ! La légalité contrariée... », *RSC* 2021, p. 342 s.

**MAYER D.**

- « Le nouvel éclairage donné au viol par la loi du 23 décembre 1980 », *D.* 1981, p. 283 s.
- « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs », in *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 56 s.

**MICHEL P.**, « Politique pénale et aide aux victimes », in R. CARIO et D. SALAS (dir.), *Œuvre de justice et victime*, Volume 1, L'Harmattan, 2001, p. 67 s.

**MISTRETTA P.**,

- « La protection de la dignité de la personne et les vicissitudes du droit pénal », *JCP G* 2005, I, 100, n° 19.
- « De la répression à la sûreté, les derniers subterfuges du droit pénal », *JCP G* 2008, 145.
- « L'illusion du consentement du délinquant à l'acte médical et aux soins en droit pénal », *Revue internationale de droit pénal* 2011, vol. 82, p. 19 s.
- « Requiem pour la non pénalisation de recours à la prostitution », *JCP G* 2013, n° 42, 1063 p. 1874 s.
- « De l'art de légiférer avec tact et mesure. À propos de la loi n° 2016-87 du 2 février 2016 », *JCP G* 2016, n° 8, doct. 240.
- « Les bonnes mœurs sexuelles : un concept mal ressuscité en droit pénal », *RSC* 2017, p. 273 s.

**MISTRETTA P. et LEVI-FAICT T. W.**, « Pour un juge pénal décomplexé face au pouvoir médical », *Gaz. Pal.* 2019, n° 05, p. 84 s.

**MOINE A.**, « La représentation de la sexualité au cinéma – Les critères juridiques de sa visibilité », in B. PY et N. DEFFAINS (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2011, p. 166 s.

**MONAHAN J.**,

- « Actualités bibliographiques : la dangerosité, revue de la littérature anglo-saxonne », *Déviance et Société*, 1979, vol. 3, p. 94 s.
- « The clinical prediction of violent behavior », in S.-A. SHAW (dir.), *National Institute of mental health*, 1981.
- « Clinical and Actuarial Predictions of Violence », in D. FAIGMAN and al. (dir.), *From modern scientific evidence: the law and the science expert testimony*, West Publishing Corporation, 1, 1997, p. 300 s.

**MOULIN V. et PALARIC R.**, « Les groupes de parole de prévention de la récidive au sein des SPIP, une évolution centrée sur la gestion du risque, entre théorie et adaptation pratique », *Champ pénal*, 2014, vol. 11.

**MOULIN V., PALARIC R. et LAURENT C.**, « Les groupes de parole de prévention de la récidive », Rapport de recherche, 2012.

**MUCCHIELLI J.**,

- « Les avocats s'opposent au projet de loi de programmation pour la justice », *Dalloz actualité*, 21 mars 2018.

- « Cours criminelles : "L'oralité des débats doit être repensée dans son ensemble" », *Dalloz actualité*, 3 juin 2020.

**MUÑOZ CONDE F.**, « Le droit pénal international est-il un "droit pénal de l'ennemi" ? », *RSC* 2009, p. 19 s.

**NAGY V.**, « La catégorie juridique d'adultère depuis la réforme française du 11 juillet 1975. La redéfinition contemporaine du mariage comme union égalitaire et privée », *Enfances, Familles, Générations*, 2006, n° 5, p. 1 s.

**NICOD M.**, « Violence intra-familiales - Protéger et punir », *Droit de la famille* n° 11, novembre 2020, repère 10.

**OGIEN R.**, « Que fait la police morale ? », *Terrain, anthropologie et sciences humaine*, n° 48, 2007, p. 31 s.

**OLIE J.-P., DE CARVALHO W. et SPADONE C.**, « Expertise mentale dans le déroulement du processus pénal : le point de vue du psychiatre-expert », *L'expertise*, Dalloz, 1995, p. 23 s.

**OST F. et VAN DE KERCHOVE M.**, « L'outrage public aux bonnes mœurs: révélateur d'une rationalité juridique de moins en moins assurée », in *Les bonnes mœurs*, PUF, 1994, p. 105 s.

**ORIEZ B. et PFENDER J.**, « Un dispositif de soins pour auteurs de violences sexuelles incarcérés », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 151 s.

**PAPILLON S.**, « La ligue de LOL, la prescription ne tient plus qu'à un tweet », *Dalloz actualité*, 21 février 2019.

**PARENT G., GUAY J.-P. et KNIGHT R. A.**, « Évaluation de la validité prédictive de neuf instruments chez les agresseurs sexuels adultes », *Criminologie*, 2009, vol. 42, p. 233 s.

**PARIS N.**, « Faut-il maintenir la jurisprudence Dieudonné ? », *Droit administratif*, mars 2015, comm. 23.

**PARIZOT R.**,

- « CEDH, X contre France : la rétention de sûreté devant le Cour européenne des droits de l'homme », in G. GIUDICELLI-DELAGE et CH. LAZERGES (dir.), *La dangerosité saisie par le droit pénal*, PUF, 2011, p. 97 s.
- « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Mélange en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245 s.
- « La prostitution, une infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373 s.

**PECH TH.**, « Genèse de la peine neutre », in A. GARAPON, F. GROS, T. PECH (dir.), *Et ce sera justice. Punir en démocratie*, Odile Jacob, 2001, p. 151.

**PELLE S.**, « Infractions sexuelles contre les mineurs : une sortie du droit commun, pour quelle efficacité ? », *D.* 2021, p. 1391 s.

**PELTIER V.**,

- « Un an de droit de la peine. Janvier-Décembre 2010 », *Droit pénal*, mars 2011, chron. n° 2.

- « Expertise et dangerosité : le nouveau statut juridique de l'expertise en matière de lutte contre le récidive » in *Mélanges en l'hommage du professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 563 s.

**PELTIER-HENRY V.**, « À la recherche de la vérité : vers le recours aux neurosciences », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 123 s.

**PENA M.**, « Les origines historiques de l'article 6 du Code civil », *RRJ* 1992, p. 499 s.

**PERIER-DAVILLE D.**, « Les atteintes contre les mœurs dans le futur Code pénal », *Gaz. Pal.* 1992, p. 445 s.

**PERRIER J.-B.**,

- « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », *Revue de droit d'Assas*, février 2017, n° 13-14, p. 173 s.
- « Le droit pénal en danger », *D.* 2020, p. 937 s.
- « Le renforcement de la répression des infractions sexuelles contre les mineurs », *RSC* 2021, p. 454 s.

**PERAIN F.**, « Le signalement concernant les mineurs victimes d'infractions sexuelles », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 229 s.

**PERRIER J.-B. et F. ROUSSEAU**, « Renforcement de la lutte contre les violences familiales », *RSC* 2020, p. 426 s.

**PESKINE B.**, « Considérer la parole de l'enfant - à propos de l'étude de l'ONED sur les unités d'accueil médico-judiciaires (UAMJ) », *Journal du droit des jeunes*, 2014, n° 336, p. 36 s.

**PHELPS E.**, « Quand l'émotion renforce la mémoire », in *Les performances de la mémoire humaine*, Science et vie, septembre 2000, n° 212, p. 94.

**PHILIPPE A.**, « Vous jurez de n'écouter ni la haine ou la méchanceté... Les biais affectant les décisions de justice », *Les Cahiers de la justice*, 2015, n° 4, p. 563 s.

**PIGNARRE G.**, « Que reste-t-il des bonnes mœurs en droit des contrats ? Presque rien ou presque tout ? », *RDC* 2005, p. 1290 s.

**PIN X.**,

- « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand – Eléments pour une comparaison », *RSC* 2003, p. 259 s.
- « La participation consensuelle », in M. DANTI-JUAN (dir.), *Les nouvelles orientations de la phase exécutoire du procès pénal*, Cujas, 2006, p. 27 s.
- « Les victimes d'infractions définitions et enjeux », *Archives de politique criminelle*, 2006, n° 28, p. 49 s.
- « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 s.
- « L'infraction juste », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 586 s.



- « Les âges du mineur : réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.* 2012, p. 5 s.
- « Retour sur le consentement de la victime », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 95 s.

**PLANQUE J.-C.,**

- « Ne créez pas le délit d'outrage sexiste ! », *JCP* 2017, n° 50, p. 1314 s.
- « Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français », *Droit pénal*, septembre 2020, étude n° 27.

**POMART-NOMDEDEO C.,** « Droit pénal et droit de la famille, les liaisons dangereuses », *Droit de la famille*, septembre 2010, étude n° 20.

**PONCELA P.,**

- « Éclipse et réapparition de la rétribution en droit pénal », in *Rétribution et justice pénale*, PUF, 1983, p. 11 s.
- « Finir sa peine : libre ou suivi ? », *RSC* 2007, p. 883 s.
- « Promenade de politique pénale sur les chemins hasardeux de la dangerosité », P. MBANZOULOU, H. BAZEX, O. RAZAC et J. ALVAREZ (dir.), *Les nouvelles figures de la dangerosité*, L'Harmattan, 2008, p. 93 s.

**PONSEILLE A.,** « La pénalisation du recours à la prostitution soumise à l'examen du Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2019, p. 83 s.

**PORTER S. et SHAW J.,** « Constructing Rich False Memories of Committing Crime », *Psychological Science*, Janvier 2015.

**PRADEL J.,**

- « Le jury en France, une Histoire jamais terminée », *Revue internationale de droit pénal*, 2001, vol. 72, p. 175 s.
- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000 s.
- « Notre procédure pénale à la recherche d'une efficacité à toute vapeur », *JCP G* 2019, n° 15, p 721 s.
- « La cour criminelle départementale », *D.* 2021, p. 128 s.

**PRIOU-ALIBERT L.,** « Infraction sexuelle : consécration de l'automaticité de l'inscription au fichier », *Dalloz actualité*, 24 mars 2010.

**PY B.,**

- « Le Sexe et le Droit : un couple sulfureux », in N. DEFFAINS et B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2011, p. 15 s.
- « Le secret professionnel et le signalement de la maltraitance sexuelle. L'option de conscience : un choix éthique », *Archives de politique criminelle*, 2012, n° 34, p. 71 s.
- « Expert : un métier, une fonction, une adulation », *Médecine & Droit* 2013, p. 53 s.
- « Secret professionnel : le syndrome des assignats ? », *AJ Pénal* 2004, p. 133 s.
- « Les mots du sexe dans la loi pénale, Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », in A. DARSONVILLE et J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale & le sexe*, PU de Nancy, 2015, p. 45 s.
- « De l'assistance sexuelle à l'accompagnement érotique des personnes en situation de handicap », *Sexologie*, juillet – septembre 2015, vol. 24, p. 134 s.

- « Droit, droits, liberté et santé sexuelle », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 55 s.
- « Handicap, vers un droit à l'accompagnement sexuelle ? Même pas en rêve... », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 179 s.
- « Le signalement des violences conjugales sans consentement : entre mots creux et mots funestes, le mieux est le mortel ennemi du bien », *RDS*, n° 94, 2020, p. 251 s.

**QUIRION B.**, « Traiter les délinquants ou contrôler les conduites : le dispositif thérapeutique à l'ère de la nouvelle pénologie », *Criminologie*, 2006, vol. 39, p. 137 s.

**QUIRION B. et D'ADDESE L.**, « De l'évaluation clinique au calcul de probabilité : le recours aux outils actuariels dans les pénitenciers canadiens », *Criminologie*, 2011, vol. 44, p. 225 s.

**RABAUX J.**, « Les mineurs délinquants sexuels », *Journal du droit des jeunes*, mai 2007, n° 265, p. 15 s.

**RABUT-BONALDI G.**, « La mesure de justice restaurative ou les mystères d'une voie procédurale parallèle », *D.* 2015, p. 97 s.

**RADICA G.**, « Tocqueville et les prisons : la question pénitentiaire à l'épreuve d'une pensée de la complexité », in L. DELIA (dir.) *Prison et Droits : Visage de la peine*, L'Harmattan, 2015, p. 109.

**RASSAT M.-L.**, « De la création d'un "outrage sexiste et sexuel" », *Droit pénal*, avril 2018, étude n° 7.

**RAUL ZAFFARONI R.**, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 43 s.

**REBUT D.**, « Correctionnalisation, Quelle place pour les cours d'assises ? », *JCP G* n° 36, septembre 2010, doct. 887.

**REDON M.**, « Délinquance sexuelle et autorité parentale : une réforme attendue », *AJ Pénal* 2006, p. 34 s.

**RENCHON J.-L.**, « La liberté sexuelle n'a-t-elle plus d'autre limite que la liberté sexuelle ? À propos de l'arrêt *K. A. et A. D. c/ Belgique* du 17 février 2005 de la CEDH », *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, LGDJ/Bruylant, 2007, p. 1309 s.

**REVIRON P.**, « L'ADN : la preuve parfaite ? », *AJ Pénal* 2012, p. 590 s.

**ROBERT A.-G.**, « Les incidences de la notion d'autonomie personnelle sur la répression pénale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 647 s.

**ROBERT J.-H.**,

- « L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires », in *Mélanges Larguier*, PUG, 1993, p. 241 s.

- « Les murailles de silicium. Commentaire de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales », *Droit pénal*, février 2006, étude n° 2.
- « La politique pénale : ressorts et évolution », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, p. 103 s.
- « La justice restaurative », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 41 s.

**ROCA C.**, « Secret de la confession, secret professionnel et atteintes sexuelles sur mineur », *Petites affiches* 6 avril 2001, n° 69, p. 10 s.

**ROETS D.**,

- « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *D.* 2008, p. 1840 s.
- « L'inscription au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes : une mesure préventive hors du champ d'application du principe de non-rétroactivité », *RSC* 2010 p. 239 s.

**ROMAN D.**,

- « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1508 s.
- « Le principe de dignité dans la doctrine de droit social », in S. HENNETTE-VAUCHEZ et C. GIRARD (dir.), *La dignité de la personne humaine, recherche sur un processus de juridicisation*, PUF, 2005, p. 70 s.

**ROSTAING C.**, « Processus de stigmatisation et violences en prison. De la nécessité de résister », in D. LAFORGUE et C. ROSTAING (dir.), *Violences et institutions. Réguler, innover ou résister ?*, Editions du CNRS, 2011, p. 155 s.

**ROUBIER P.**, « Le consentement de la victime », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal : études de droit criminel*, Dalloz, 1956, p. 224 s.

**ROUSSEAU P.**, « Le renforcement de la lutte contre les commanditaires d'abus sexuels en live streaming », *AJ Pénal* 2020, p. 396 s.

**ROUX J.**, « La reconnaissance par le Conseil constitutionnel du principe fondamental reconnu par les lois de la République relatif à la justice des mineurs », *RDP* 2002, p. 1731 s.

**ROUYER M.**, « La politique par le droit », *Raisons politiques*, 2003, n° 9, p. 65 s.

**ROYER J.-P.**, « L'homme et le droit », in J. POIRIER (dir.), *Histoire des mœurs*, Tome II, volume 1, Gallimard, 2002, p. 560 s.

**SAAS C.**,

- « Victime en justice : la place de la victime dans le droit pénal français », *Vacarme* 2004, n° 27, p. 47 s.
- « Harcèlement de rue ou le droit à être dans l'espace public », *Gaz. Pal.* 2018, n° 16, p. 81 s.

**SAENKO L.**,

- « Les agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans ou les vicissitudes de non-consentement présumé », *D.* 2018, p. 1200 s.
- « Les Femen, les seins et l'Église », *D.* 2019, p. 378 s.

- « La loi n° 2019-1480 du 28 décembre 2019 visant à agir contre les violences au sein de la famille : une loi pour rien ? », *D.* 2020, p. 2000 s.
- « De l'agression (sexuelle) par excitation (sexuelle) », *AJ Pénal* 2021, p. 207 s.

**SAETTA S.**, « Inciter des auteurs d'infractions à caractère sexuel incarcérés à se soigner », *Champ pénal*, 2016, vol. 13.

**SAFI F.**, « De l'art de légiférer, ou quand la loi précise que même lorsqu'il n'y a pas exhibition sexuelle... il y a exhibition sexuelle ! », *D.* 2021, p. 1254 s.

**SAINT-PAUL J.-C.**, « Le mineur victime d'une infraction pénale », in C. RIBEYRE (dir.), *La victime de l'infraction pénale*, Dalloz, 2016, p. 81 s.

**SALAS D.**,

- « Le délinquant sexuel », in A. GARAPON et D. SALAS (dir.), *La justice et le mal*, Odile Jacob, 1997, p. 51 s.
- « Pourquoi punir », *Journal français de psychiatrie*, n° 13, 2001, p. 6 s.
- « Opinion publique et justice pénale. Une rencontre impossible ? », *Le Temps des médias* 2010, n° 15, p. 99 s.

**SALVAGE PH.**

- « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699 s.
- « Les soins obligatoires en matière pénale », *JCP* 1997, I, 4062.
- « Le sursis d'épreuve avec injonction de soins », *Droit pénal*, janvier 2009, étude n° 2.
- « La grande délinquance est-elle une maladie ? », *Droit pénal*, février 2010, étude n° 3.

**SENAT D.**, « Premières réflexions issues de l'expérimentation de la cour criminelle départementale en Haute-Garonne », *AJ Pénal* 2021, p. 176 s.

**SENN F.**, « Des origines et du contenu de la notion de bonnes mœurs », in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de F. Geny*, Tome I, p. 53 s.

**SEUVIC J.-F.**, « Variations sur l'humain, comme valeurs pénalement protégées », in P. PEDROT (dir.), *Ethique, droit et dignité de la personne, Mélanges Christian Bolze, Economica*, 1999, p. 343 s.

**SIMON-GRASSA H.**, « Retour sur expérience et réflexions sur les cours criminelles », *AJ Pénal* 2021, p. 186 s.

**SLAMA A.-G.**, « Le nouvel ordre juridique "moral" », *Droits* 1994, n° 19, p. 37 s.

**SORDINO M.-C.**, « Neurosciences et droit pénal : des connexions dangereuses ? », in P. LARRIEU *et al.* (dir.), *Neuro-lex sed...dura-lex, L'impact des neurosciences sur les disciplines juridiques et les autres sciences humaines et sociales, Journal de droit comparé du Pacifique*, 2013, p. 173 s.

**SOULEZ-LAVRIVIERE D.**, « De la victimisation et de nombreuses autres causes », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, p. 27 s.

**STIEVET C.**, « When something else works ? Perspectives d'amélioration du traitement médical des délinquants sexuels en France à la lumière de l'expérience québécoise », *AJ pénal* 2012 p. 626 s.

**SUPIOT E.**, « Empreintes génétiques et droit pénal, Quelques aspects éthiques et juridiques », *RSC* 2015, p. 827 s.

**TELLIER-CAYROL V.**, « Non à l'outrage sexiste ! », *D.* 2018, p. 425 s.

**THIERRY J.-B.**, « Libre propos sur l'assistance sexuelle au sujet de la liberté sexuelle des personnes handicapées », in N. DEFFAIN et B. PY (dir.), *Le sexe et la norme*, PU de Nancy, 2011.

**TIFINE P.**, « Police du cinéma et interdiction aux mineurs de moins de 16 ans, Commentaire sous CE, 4 février 2004, Association promouvoir, numéro 261804 », *Revue générale du droit*, 2008, n° 1637.

**DE LA TOUANNE S.**, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières ? », *Dalloz actualité*, 14 avril 2020.

**TOUNKARA V.**, « Victimologie, entre statut et sentiment : aspects psychologiques », in J. LEONHARD et V. OLECH (dir.), *Violences sexuelles : entre vérités et mensonges*, PU de Nancy, 2020, p. 88 s.

**TOURNIER P.**, « Agressions sexuelles : du dépôt de plainte à l'exécution des peines », in E. ARCHER (dir.), *Agressions sexuelles : victimes et auteurs*, L'Harmattan, 1998, p. 48 s.

**TRICROIRE A.**, « Le sexe et sa représentation artistique : la liberté de créer aux prises avec l'ordre moral », in D. BORRILLO et D. LOCHAK (dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, 2005, p. 132 s.

**VACHERET M., DOZOIS J. et LEMIRE G.**, « Le système correctionnel canadien et la nouvelle pénologie - la notion de risque », *Déviance et société*, 1998, vol. 22, p. 37 s.

**VAILLY J. et BELLIVIER F.**, « Les fichiers d'empreintes génétiques et les analyses d'ADN en droit pénal sous le regard du droit et de la sociologie », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, 2016, p. 43 s.

**VAINEAU A.-L.**, « Vous avez des pulsions pédophiles : où trouver de l'aide ? », *Psychologie*, 17 novembre 2016.

**VAN DE KERCHOVE M.**, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2007, n° 127, p. 22 s.

**VAUTHIER J.-P.**,

- « D'une loi à l'autre, Les mots du sexe à l'épreuve des mouvances de la loi pénale », in A. DARSONVILLE et J. LEONHARD (dir.), *La loi pénale & le sexe*, PU de Nancy, 2015, p. 25 s.
- « Le consentement, pierre angulaire de la liberté sexuelle », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 119 s.

**VIDAL C.**, « Vers une Neurojustice ? », *Ravages* 2011, p. 17 s.

- VIGNEAU D.**, « L'affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d'État », *D.* 2014, p. 1856 s.
- VIRIOT-BARRIAL D.**, « Consentement et injonction de soins », *RPDP* 2010, p. 293 s.
- VON DER WEID G.**, « Faut-il un procès au nom des victimes ? », *Les Cahiers de la justice* 2020, p. 1 s.
- VON HIRSCH A. et ASHWORT A.**, « *Protective Sentencing Under Section 2 (2) (b) : The Criteria For Dangerousness* », *The Criminal Law Review*, 1996, p. 175 s.
- VOUIN R.**, « Le juge et son expert », *D.* 1955, p. 131 s.
- WALTHER J.**, « L'illicéité et les valeurs sociales protégées » P. MISTRETTA, C. KUREK et S. PAPILLON (dir.), *L'empreinte des valeurs sociales protégées*, Dalloz, 2020, p. 17 s.
- WEBER V.**, « La loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales et l'application de la loi pénale dans l'espèce : de quelques incohérences », *Droit pénal*, novembre 2020, étude n° 33.
- ZAGURY D.**,
- « Des soins pour les délinquants sexuels », *Le Monde*, 15 décembre 1996, p. 15 s.
  - « "Les nouveaux monstres", plaidoyer pour un traitement raisonné des agresseurs sexuels », in A. CIAVALDINI (dir.), *Violences sexuelles. Le soin sous contrôle judiciaire*, Edition in Press, 2003, p. 37 s.

## VI. Rapports, projets et propositions de loi

- ANZIANI A.**, Rapport d'information du Sénat n° 619 du 27 juin 2012 sur le projet de loi n° 592 (2011-2012) relatif au harcèlement sexuel.
- BADINTER R.**, Sénat, Projet de loi n°300 du 20 février 1986 portant réforme du Code pénal.
- BLANC E.**, Rapport de l'Assemblée nationale n° 4421 du 29 février 2012 sur le suivi des auteurs d'infractions à caractère sexuel.
- BOYER L. et SOUVET L.**,
- Rapport du Sénat n° 341 du 5 juin 1985 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social.
  - Rapport du Sénat n° 394 du 19 juin 1985 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social.
  - Rapport du Sénat n° 443 du 28 juin 1985 fait au nom de la commission mixte paritaire chargée de proposer un texte sur les dispositions restant en discussion du projet de loi portant diverses dispositions d'ordre social.
- BUFFET F.-N.**, Rapport d'information du Sénat n° 8 du 5 octobre 2016 sur la proposition de loi adoptée par l'assemblée nationale, portant réforme de la prescription en matière pénale.

**CASTEX J. et DUPONT-MORETTI E.**, Assemblée nationale, Projet de loi n° 4091 du 14 avril 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

**CROZON P.**, Rapport de l'Assemblée nationale n° 86 du 26 juillet 2012 sur le projet de loi, adopté par le Sénat après engagement de la procédure accélérée, relatif au harcèlement sexuel.

**ESTROSI CH.**, Rapport de l'Assemblée nationale n° 508 du 18 décembre 2002 sur le projet de loi, adopté par le Sénat après déclaration d'urgence pour la sécurité intérieure.

**FALORNI O.**, Rapport de l'Assemblée nationale n° 4042 du 1<sup>er</sup> avril 2021 sur la proposition de loi donnant le droit à une fin de vie libre et choisie.

**LE FUR M. et GILARD F.**, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 230 du 27 septembre 2007 visant à assurer l'imprescriptibilité des crimes sexuels commis sur les mineurs.

**GARRAUD J.-P.**, Rapport de l'Assemblée nationale n° 4112 du 21 décembre 2011 sur le projet de loi de programmation relatif à l'exécution des peines.

**HALIMI G.**, Assemblée nationale, Compte rendu de la 2<sup>ème</sup> séance du 20 décembre 1981, relative à l'abrogation du deuxième alinéa de l'article 331 du Code pénal.

**LE HOEUROU A.**, Rapport de l'Assemblée nationale n° 2744 du 6 mai 2015 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, relative à la protection de l'enfant.

**HOUPERT A.**, Sénat, Proposition de loi n° 719 du 14 septembre 2017 tendant à rendre imprescriptibles les crimes et délits sexuels sur mineurs.

**HYEST J.-J., PORTELLI H. et YUNG R.**, Rapport d'information du Sénat n° 338 du 20 juin 2007, sur le régime des prescriptions civiles et pénales.

**JOISSAINS-MASINE M.**, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 200 du 24 septembre 2002 tendant à renforcer la protection des mineurs victimes d'agressions sexuelles.

**JOLIBOIS CH.**,

- Rapport du Sénat n° 295 du 18 avril 1991 sur le projet de loi portant réforme des dispositions du Code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes.
- Rapport d'information du Sénat n° 49 du 22 octobre 1997 relatif à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs victimes et à la répression des crimes sexuels commis sur les mineurs.

**LECERF J.-R.**, Rapport d'information du Sénat n° 174 du 23 janvier 2008 sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée nationale après déclaration d'urgence, relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

**LELLOUCHE P.**, Assemblée nationale, Proposition de loi n° 3679 du 20 mars 2002 tendant à rendre imprescriptibles les infractions sexuelles commises contre les mineurs.

**LOUIS A.**, Rapport de l'Assemblée nationale n° 938 du 10 mai 2018 sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

**MERCIER M.,**

- Rapport de l'Assemblée nationale n° 697 du 8 juillet 2014 fait au nom de la commission spéciale sur la proposition de la loi, adoptée par l'Assemblée nationale, renforçant la lutte contre le système prostitutionnel.
- Rapport d'information du Sénat n° 289 du 7 février 2019 sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs.

**MERCIER M., MEUNIER M. et VERIEN D.,** Rapport d'information du Sénat n° 529 du 28 mai 2019, fait au nom de la mission commune d'information sur les politiques publiques de prévention, de détection, d'organisation des signalements et de répression des infractions sexuelles susceptibles d'être commises par des personnes en contact avec des mineurs dans le cadre de l'exercice de leur métier ou de leurs fonctions.

**ROBILLIARD D.,** Rapport de l'Assemblée nationale n° 2744 du 6 mai 2015 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de loi, adoptée par le sénat, relative à la protection de l'enfant.

**TOURRET A. et FENECH G.,** Rapport de l'Assemblée nationale n° 2778 du 20 mai 2015 sur la prescription en matière pénale.

**VALLINI A. et HOULLON P.,** Rapport de l'Assemblée nationale n° 3125 du 6 juin 2006 fait au nom de la commission d'enquête chargée de rechercher les causes des dysfonctionnements de la justice dans l'affaire dite d'Outreau et de formuler des propositions pour éviter leur renouvellement.

**ZOCCHETTO F.,** Rapport d'information du Sénat n° 148 du 14 janvier 2004 sur le projet de loi, adopté avec modifications par l'Assemblée nationale en deuxième lecture, portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.





## Index de jurisprudence

### Introduction

#### Conseil constitutionnel

Cons. const. 20 janvier 1981, DC n° 80-127, JO du 22 janvier 1981.

Cons. const. 25 janvier 1985, DC n° 85-187, JO du 26 janvier 1985.

#### Conseil d'État

CE 18 décembre 1959, *Société Les Films Lutétia*, n° 36385 36428.

CE 30 septembre 1960, *Sieur Jauffret*, Rec., p. 504

CE 9 mars 1962, *Société nouvelle des établissements Gaumont*, Rec., p. 1121.

CE 4 mai 1962, *Ville de Montpellier*, Rec., p. 299.

CE 6 novembre 1963, *Ville du Mans et Ville de Nantes*, Rec., p. 834.

CE 25 mars 1966, n° 59426, *Société Les Films Marceau*, Rec., p. 2240.

CE 19 juin 1974, n° 88410, *Broutin*.

CE 11 mai 1977, n° 01567, *Ville de Lyon*.

CE 26 juillet 1985, *Ville d'Aix-en-Provence*, Rec., p. 236.

CE ass. 27 octobre 1995, n° 1362727, *Commune de Morsang-sur-Orge* ; *RFDA* 1995, p. 878 s.

CE 9 octobre 1996, n° 159192, *Commune de Taverny c/ Société Comareg Ile-de-France*.

CE 8 décembre 1997, n° 171134, *C<sup>ne</sup> d'Arcueil*.

CE 9 janvier 2014 n° 374508, *Ministre de l'intérieur c/ Sté Les Productions de la Plume, M. Dieudonné M'Bala M'Bala* ; *Dr. adm.* n° 5, mai 2014, comm. 33, G. EVEILLARD ; *AJCT* 2014, p. 157, note G. LE CHATELIER ; *AJDA* 2014, p. 866, note J. PETIT ; *RTDH*, n° 98, avril 2014, p. 515, note P. DE FONTBRESSIN

CE 10 janvier 2014, n° 374528, *Sté Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala* ; *Dr. adm.*, n° 5, mai 2014, comm. 33, G. EVEILLARD ; *AJCT* 2014, 157, note G. LE CHATELIER ; *AJDA* 2014, 866, note J. PETIT

CE 11 janvier 2014, n° 374552, *Sté Les Productions de la Plume, Dieudonné M'Bala M'Bala* ; *AJDA* 2014, 866, note J. PETIT, tribune B. SEILLER, et 473, tribune C. BROYELLE ; *D.* 2014, 155, R. PIASTRA, et 200, D. MAUS ; *AJCT* 2014, 157, obs. G. LE CHATELIER ; *RFD adm.* 2014, 87, note O. GOHIN et 521, note C. BROYELLE.

#### Cour de cassation – Assemblée plénière

Cass. ass. plén. 29 octobre 2004 ; *D.* 2004, 3175, note VIGNEAU.

#### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 23 juin 1928 ; *Droit pénal* 1928, jurispr., p. 161

Cass. crim. 29 novembre 1984, n° 84-93.024.

Cass. crim. 7 décembre 1988, n° 88-81.895.

Cass. crim. 6 décembre 2000, n° 00-82.691 ; *Droit pénal* 2001, comm. 41, obs. MARON.

Juridictions du fond

CA Pau, 1 août 1908 ; *Droit pénal* 1909, 2, p. 79.

Trib. corr. d'Orange, 19 avril 1950 ; *Gaz. Pal.* 1950, 2, p. 35

CA Paris, 7 janvier 1958 ; *D.* 1985, p. 453

TA Caen, 20 décembre 1960, *Société des Films Marceau c/ Maire de Lisieux* ; *D.* 1961, p. 25.

TGI Paris, 3 juin 1969 ; *D.* 1970. 136, note J. P. ; *RTD civ.* 1970. 347, obs. LOUSSOUARN.

CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, p. 931.

TGI Paris, 8 novembre 1973 ; *D.* 1975. 401 ; *RTD civ.* 1974. 806, obs. LOUSSOUARN.

TGI La Roche-sur-Yon, 2 mai 1995 ; *D.* 1997. 13, note VRAY.

**Partie 1 : Le droit pénal assujetti aux mœurs**

Titre 1 – L'emprise tangible des mœurs sur le droit pénal

Chapitre 1 – Le constat d'un affranchissement historique

Section 1 – L'émancipation affichée du Code pénal vis-à-vis des mœurs

*§ 1 – La progressive disparition de l'essence des mœurs*

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni* ; *Cahier de droit européen* 1982, 221, obs. COHEN-JONATHAN ; *Annuaire français de droit international*, 1982, 504, obs. PELLOUX.

CEDH 5 novembre 1981, n° 7215/75, *X c/ Royaume-Uni* ; *RUDH* 1990, 213, obs. CALLEWAERT, DEJEANT-PONS et SANSONETIS ; *Cahier de droit européen* 1982, 312, obs. COHEN-JONATHAN ; *Annuaire français de droit international*, 1982, 508, obs. PELLOUX ; *JDI* 1985, 188, obs. ROLLAND et TAVERNIER.

CEDH 26 octobre 1988, n° 8225/78, *Norris c/ Irlande*.

CEDH 22 avril 1993, n° 15070/89, *Modinos c/ Chypre*.

CEDH 27 septembre 1999, n° 31471/96 et n° 32377/96, *Lusting-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*.

CEDH 27 septembre 1999, n° 33985/96 et n° 33986/96, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 19 décembre 1980, DC n° 80-125, *JO* du 20 décembre 1980.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 30 janvier 1937 ; *Gaz. Pal.* 1937, p. 721.

Cass. crim. 24 juillet 1937 ; *Gaz. Pal.* 1937, p. 762.

Cour de cassation – Autres chambres

Cass. civ. 1<sup>re</sup> 17 décembre 2015, n° 14-29.549.

2 § – La subite disparition du terme « mœurs »

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 6 août 1909, *Bull. crim.* n° 427.

Cass. crim. 20 décembre 1928, *Bull. crim.* n° 312 ; *Gaz. Pal.* 1929, 2, p. 227.

Cass. crim., 31 mai 1949, *Bull. crim.* n°203 ; *D.* 1949, p. 348 ; *JCP G* 1949, II, n° 4940 ; *Gaz. Pal* 1949, 2, p. 121.

Cass. crim. 18 octobre 2017, n° 16-85.398 ; E. DREYER, « Détention d'image pédopornographiques », *RSC* 2018, p. 112 s.

Cass. crim. 10 avril 2019, n° 19-90.009.

Cass. crim. 5 juin 2019, n° 18-84.350 ; E. DREYER, « Tester la fidélité d'une mineure par SMS : attention, danger ! », *RSC* 2019, p. 644 s.

Juridictions du fond

CA Paris, 7 janvier 1958 ; *D.* 1985, 453.

CA Paris, 1<sup>er</sup> juin 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, 931.

Trib. corr. Paris, 5 octobre 1972 ; *Gaz. Pal.* 1973, 1, 211.

CA Besançon, 9 mai 1972 ; *JCP G* 1973, II, 17305, M.-C. FAYARD ; *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 558, note L. LAMBERT ; *RSC* 1972, p. 883, obs. G. LEVASSEUR.

Trib. corr. Paris, 9 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1973, 2, 931.

CA Limoges, 13 juin 1975 ; *D.* 1976, Somm. 17.

CA Besançon, 29 janvier 1976 ; *JCP* 1977, II, 18640, note DELPECH.

CA Reims, 7 octobre 1977 ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, somm. p. 122.

CA Paris, 20 avril 1990 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, 309.

CA Douai, 30 juin 2006, *Juris-Data* n° 2006-316844.

CA Nîmes, 22 novembre 2007, *Juris-Data* n° 2007-368558.

Section 2 – L'émancipation relative de la jurisprudence vis-à-vis des mœurs

§ 1 – Le rôle hégémonique du juge pénal

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 26 avril 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni* ; *Cahier de droit européen* 1980, 481, obs. COHEN-JONATHAN ; *Annuaire français de droit international*, 1980, 311, obs. PELLOUX ; *JDI* 1980, 471, obs. ROLLAND.

CEDH 9 octobre 1979 n° 6289/73, *Airey c/ Irlande*.

CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ R-U* ; *Cahier de droit européen* 1982, 221, obs. COHEN-JONATHAN ;

*Annuaire français de droit international*, 1982, 504, obs. PELLOUX.

CEDH 26 octobre 1988, n° 10581/83, *Norris c/ Irlande*.

CEDH 24 avril 1990, n° 11105/84, *Huvig c/ France*.

CEDH 22 novembre 1995, n° 20166/92 et 20190/92, *S. W. et C. R. c/ Royaume-Uni*.

CEDH 15 novembre 1996, n° 17862/91 *Cantoni c/ France*.

CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* ; *RTDH* 1997, 738, obs. LEVINET ; *D.* 1998, 97, obs. LARRALDE.

CEDH 29 avril 2002, n° 2346/02, *Pretty c/ Royaume-Uni* ; C. GIRAULT, « La Cour EDH ne reconnaît pas l'existence d'un droit à la mort », *JCP G* 2003, n° 15, II 10062 ; *RSC* 2002, p. 645 s., obs. F. MASSIAS.

CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* ; M. FABRE-MAGNAN, *D.* 2005. Chron. 2973 ; J.-P. MARGUENAUD, « Sodomochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s ; J.-P. MARGUENAUD, « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 25 s., spéc. p. 36 s. et 43 s.

CEDH 10 octobre 2006, n° 40430/02 *Pessino c/ France*.

#### Cour de justice de l'Union européenne

CJUE 20 novembre 2001, C-268/99, *Aldona Malgorzata Jany e.a.* ; *Droit social* 2003, 859, chron. S. VAN RAEPENBUSCH ; *RTD eur.* 2003, 489, chron. C. PRIETO.

#### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 4 mars 1880, *D.*, 1880, I, 433.

Cass. crim. 9 mars 1905, SIMONIN, B, 112.

Cass. crim. 19 mars 1910, *Bull. crim.* n° 153.

Cass. crim. 30 janvier 1937, PARRINI, *Gaz. Pal.* 1937, 1, 721.

Cass. crim. 24 juillet 1937, REVARDEAU, *Gaz. Pal.* 1937, 2, 761.

Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1965, *Bull. crim.* n° 158 ; *D.* 1965, jurispr. p. 667 ; *Gaz. Pal.*

1965, 2, p. 140 ; *JCP G* 1965, IV, 97 ; *RSC* 1965, p. 877.

Cass. crim. 25 janvier 1979, *Bull. crim.* n° 37 ; *RSC* 1979, p. 832, obs. LEVASSEUR.

Cass. crim. 5 septembre 1990, n° 90-83.786, *Bull. crim.* n° 313 ; *D.* 1991, 13, note ANGEVIN ; *JCP* 1991, II, 21629, note RASSAT ; *RSC* 1991, 348, obs. LEVASSEUR ; *Gaz. Pal.* 2 février 1991, p. 8, note J.-P. DOUCET.

Cass. crim., 11 juin 1992, n° 91-86.346, *Bull. crim.* n° 232 ; *D.* 1993, 117, note RASSAT ; *D.* 1993, Somm. 13, obs. AZIBERT ; *JCP* 1993, II, 22043, note GARE ; *RSC* 1993, 330, obs. LEVASSEUR ; *RSC* 1993, 780, obs. LEVASSEUR.

#### Juridictions du fond

Trib. corr. Seine, 11 janvier 1912 ; *Gaz. Pal.*, 1912, 1, 63.

Trib. corr. Seine, 26 février 1932 ; *Gaz. Pal.* 1932, 1, 778, obs. MORBO.

CA Lyon, 22 janvier 1964 ; *JCP G* 1964, II, 13633, note MIMIN.

Trib. corr. Seine, 21 octobre 1964 ; *Gaz. Pal.* 1964, 2, 439.

Trib. pol. Lyon, 9 décembre 1966 ; *Gaz. Pal.* 1967, 1, p. 116.

CA Colmar, 12 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82, note A.T.

CA Besançon, 29 janvier 1976 ; *JCP* 1977, II, 18640 note DELPECH.

TGI Paris, 8 novembre 1976 ; *D.* 1977, 320, note ROLLAND ; *JCP* 1979, II, 19044, note BLIN.

CA Paris, 10 juin 1977, JurisData n° 1977-115097.

CA Paris, 16 mai 1979.

CA Paris, 10 novembre 1987, JurisData n° 1987-028652.

CA Paris, 7 mars 1989, JurisData n° 1989-230123.

CA Paris, 11 septembre 1989, JurisData n° 1989-024856.

CA Paris, 20 avril 1990 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 309 ; PH. BERTIN, « Le sexe du diabolotin ou Métro, boulot, porno... », *Gaz. Pal.* 1990, 2, doct. p. 296.

CA Paris, 15 octobre 1990, JurisData n° 1990-024436.

CA Paris, 13 décembre 1990, JurisData n° 1990-025627.

### *§ 2 – Le rôle divinatoire du juge pénal*

#### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 4 février 1965, n° 46-91.935, *Bull. crim.* n° 37.

Cass. crim. 28 octobre 1971, n° 70-90.750, *Bull. crim.* n° 287.

Cass. crim. 26 avril 1983 ; *Gaz. Pal.* 1984, 1, Somm 2.

Cass. crim. 20 février 2002, *Bull. crim.* n° 42.

Cass. crim. 26 novembre 2002, n° 01-85.138.

Cass. crim. 9 juillet 2003, n° 03-81.944, *Bull. crim.* n°137 ; *DMF* 2004, 128, obs. BOULOC.

Cass. crim. 29 octobre 2003, n° 03-84.617, *Bull. crim.* n° 205.

#### Juridictions du fond

Trib. corr. Seine, 27 juillet 1908.

CA Paris, 12 mars 1958 ; *D.* 1958, p. 608, note F.G.

Trib. corr. Paris, 12 janvier 1972 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, Somm. 114.

CA Paris, 9 avril 1992, JurisData n° 1992-020924.

CA Paris, 15 juin 1992, JurisData n° 1992-021861.

CA Paris, 12 novembre 1992, JurisData n° 1992-023701.

#### Juridictions étrangères

Suprem Court, 26 juin 2003, *Lawrence v. Texas*, 539 U.S. 558.

C. const. sud-africaine 9 octobre 1998, *National Coalition for Gay and Lesbian Equality and another v Minister of Justice and others*, § 32.

TGI Paris, 8 novembre 1976 ; *D.* 1977, 320, note ROLLAND ; *JCP* 1979, II, 19044, note BLIN.

CA Versailles, 2 octobre 1977 ; *Gaz. Pal.* 1978, 1, 192.

CA Rouen, 27 juin 1996, JurisData n° 1996-046577.

CA Paris, 2 avril 2002, JurisData n° 2002-172666.

CA Aix-en-Provence, 7 mars 2006, JurisData n° 2006-312418.

CA Grenoble, 21 juin 2006, JurisData n° 2006-314267.

CA Douai, 16 mai 2007, JurisData n° 2007-337309.

CA Douai, 10 octobre 2007, JurisData n° 2007-349387.

CA Toulouse, 12 janvier 2010, JurisData n° 2010-380928.

CA Paris, 1<sup>er</sup> avril 2008, n° JurisData n° 2008-362574.

Chapitre 2 – Le constat d’une influence contemporaine

Section 1 – La manifeste influence des mœurs sur le régime des infractions

*§1 – Un espace infini*

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 20 août 1983, *Bull. Crim.* n° 229.

Cass. crim. 9 mai 1990 ; *Droit pénal* 1990, comm. 291, obs. VERON ; *RSC* 1991, *D.* 565, obs. LEVASSEUR.

Cass. crim. 4 février 2004, n° 03-81-984 ; *RSC* 2004, 663, obs. J. FRANCILLON ; V. MALABAT, « De la relativité de l’espace

temps en matière pénale », *D.* 2005, p. 621 s.

Juridictions du fond

TA Lyon, 12 juin 1996 ; *RUDH* 1996. 695, note LEVINET ; *JCP* 1997, I, 3996, obs. FULCHIRON ; *D.* 1998, somm. 16, obs. JULIEN-LAFERRIERE ; *D.* 1998, somm. 304, obs. VASSEUR.

*§2 – Un temps infini*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 9 février 1995, n° 17440/90, *Welch c/ Royaume-Uni* ; *Annuaire français de droit international* 1995, 485, obs. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1996, 207, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RSC* 1996, 470, obs. KOERING-JOULIN ; *JCP* 1996, I, 3910, obs. SUDRE.

CEDH 17 décembre 2009, n° 16428/05, *Gardel c./ France* ; *Dalloz actualité*, 7 janvier 2010, obs. K. GACHI. ; *D.* 2010, 93, obs. K. GACHI ; *ibid.* 2732, obs. G. ROUJOU de BOUBEE, T. GARE et S. MIRABAIL ; *RSC* 2010. 239, obs. D. ROETS ; *ibid.* 240, obs. D. ROETS.

CEDH, 17 décembre 2009, n° 19359/04, *M. c/ Allemagne* ; *D.* 2010, 737, note PRADEL ; *AJ pénal* 2010, 129, étude LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2010, 228, obs. ROETS.

CEDH 17 décembre 2009, n° 22115/06, *M.B. c./ France*.

CEDH 17 décembre 2009, n° 65941/11, *B. c/ France*.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 2 mars 2004, DC n° 2004-492, *JO* du 10 mars 2004.

Cons. const. 21 février 2008, DC n° 2008-562, *JO* du 26 février 2008.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 30 novembre 1994, *Bull. crim.* n° 389.

Cass. crim. 28 février 1995, *Bull. crim.* n° 87.

Cass. crim. 11 décembre 2019, n° 19-80.252.

Section 2 – L’insidieuse influence des mœurs sur les incriminations

*§ 1 – La révélation des infractions fondées sur les mœurs*

Conseil d’État

CE 8 décembre 1997, n° 171134, *C<sup>ne</sup> d'Arcueil c/ Régie publicitaire des transports parisiens*, Lebon.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 23 décembre 1858, *Bull. crim.* n° 317 ; *S.* 1859, 1, p. 626 ; *Droit pénal* 1859, 1, p. 23.

Cass. crim. 26 novembre 1861, *Bull. crim.* n° 252 ; *Droit pénal* 1862, 5, p. 29.

Cass. crim. 16 janvier 1862, *Bull. crim.* n° 19 ; *S.* 1862, 1, p. 762 ; *Droit pénal* 1862, 1, p. 197.

Cass. crim. 23 janvier 1863, *Bull. crim.* n° 201.

Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1863, *Bull. crim.* n° 134 ; *S.* 1863, 1, p. 555 ; *Droit pénal* 1864, 1, p. 147.

Cass. crim. 19 août 1869, *Bull. crim.* n° 195 ; *S.* 1870, 1, p. 182 ; *Droit pénal* 1870, 1, p. 96.

Cass. crim. 4 août 1877, *Bull. crim.* n° 184 ; *Droit pénal* 1878, 1, p. 287.

Cass. crim. 14 avril 1892 ; *Droit pénal* 1893, 1, p. 239.

Cass. crim. 8 février 1900 ; *Droit pénal* 1900, 1, p. 279.

Cass. crim. 14 novembre 1903 ; *Droit pénal* 1904, 1, p. 592.

Cass. crim. 16 juin 1906, *Bull. crim.* n° 257.

Cass. crim. 6 août 1909, *Bull. crim.* n° 427.

Cass. crim. 20 décembre 1928, *Bull. crim.* n° 312 ; *Gaz. Pal.* 1929, 2, p. 227.

Cass. crim. 8 janvier 1959, *Bull. crim.* n° 33 ; *D.* 1959, jurispr. p. 140.

Cass. crim. 1<sup>er</sup> juin 1965, *Bull. crim.* n° 158 ; *D.* 1965, jurispr. p. 667 ; *Gaz. Pal.* 1965, 2, p. 140 ; *JCP G* 1965, IV, 97 ; *RSC* 1965, p. 877.

Cass. crim. 26 juin 1974 : *Bull. crim.* n° 241 ; *D.* 1975, jurispr. p. 81, note PUECH ; *JCP G* 1975, II, 18011, note LINDON ; *Gaz. Pal.* 1974, 2, p. 722.

Cass. crim. 12 septembre 2007, n° 06-86.763 ; *D.* 2008. 827, note LEFRANC.

Cass. crim. 10 janvier 2018, n° 17-80.816 ; *D.* 2018, 1061, obs. F. LYN ; *RSC* 2018, 417, obs. Y. MAYAUD ; *CCE* 2018, n° 4, p. 108, obs. A. LEPAGE.

Cass. crim. 9 janvier 2019, n° 17-81.618 ; *D.* 2019. 738, note L. SAENKO ; *ibid.* 2320, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, C. GINESTET, M.-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE ; *AJ Pénal* 2019. 152, obs. C. MENABE ; *Légipresse* 2019, 78 et les obs. ; *RSC* 2019. 91, obs. Y. MAYAUD.

Cass. crim. 26 février 2020, n° 19-81.827, *Dalloz actualité* du 6 mars 2020, obs. A. BLOCMAN.

Juridictions du fond

CA Lyon, 22 janvier 1964 ; *JCP G* 1964, II, 13633, note MIMIN.

CA Colmar, 12 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82, note A. T.

Trib. pol. Lyon, 9 décembre 1966 ; *Gaz. Pal.* 1967, 1, p. 116.

CA Paris, 20 avril 1990 ; *Gaz. Pal.* 1990, 1, p. 309.

CA Colmar, 12 juillet 1973 ; *Gaz. Pal.* 1974, 1, p. 82, note A.T.

TGI Paris, 23 octobre 1986 ; *Gaz. Pal.* 1987, 1, jurispr. p. 21.

CA Paris, 13 avril 1995, *JurisData* n° 1995-023587.

TA Montpellier, 18 décembre 2007, n° 053863, *C<sup>ne</sup> de La Grande-Mottes*.

Juridictions étrangères



Supreme Court of the United States 16 avril 2002, n° 00-795, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*.

§2 – *Les tentatives de justification*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 26 juillet 2002, n° 29961/96, *Wackenheim c. France* ; M. LEVINET, « Dignité contre dignité. L’épilogue de l’affaire du "lancer de nains" devant le Comité des droits de l’homme des Nations Unies », *RTDH* 2003, n° 55, p. 1017 s. ; J.-F. FLAUSS, « L’interdiction de spectacles dégradants et la Convention européenne des droits de l’homme », *RFDA* 1992, p. 1026 s., note sous arrêt.

CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* ; M. FABRE-MAGNAN, *D.* 2005. chron. 2973 ; J.-P. MARGUENAUD, « Sodomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s. ; J.-P. MARGUENAUD, « La sexualité dans le droit européen des droits de l’Homme », in A. GAMI et B. PY (dir.), *Droit de l’homme et sexualité. Vers la*

*notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 25 s., spéc. p. 36 s. et 43 s.

Conseil d’État

CE 26 juin 2014, n° 375081, n° 375090 et n° 375091, *Mme F...I...et autres* ; D. VIGNEAU, « L’affaire *Vincent Lambert* et le Conseil d’État », *D.* 2014, p. 1856 s.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 27 avril 1815.

Cass. crim. 16 novembre 1827.

Cass. crim. 22 juin 1837.

Cass. crim. 1<sup>er</sup> juillet 1937 ; *RSC* 1937 p. 680, note MAGNOL ; *D.* 1952, p. 53 s., note MAGNOL.

Cass. crim. 23 juin 1838, *Bull. crim.* n° 177.

Titre 2 – L’influence perverse des mœurs sur le droit pénal

Chapitre 1 – Les causes disparates de l’influence

Section 1 – La recherche de la normalité par la norme

§ 1 – *La fonction expressive du droit pénal*

Conseil constitutionnel

Cons. const. 9 novembre 1999, DC n° 99-419, *JO* du 16 novembre 1999 ; *D.* 2000, 424, obs. S. GARNERI ; *GAJF*, 5<sup>ème</sup> édition 2009, n° 20 ; *Droit de la famille*, n° 12 ter, p. 46, obs. TH. REVET ; *Droit de la famille*, n° 12 ter, p. 25, obs. J.-P. MICHEL et J.-P. POULINQUEN.

Cons. const. 16 septembre 2011, DC QPC n° 2011-163, *JO* du 17 septembre 2011 ; *D.* 2011. 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, TH. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *ibid.* 2012, 1033, obs. M. DOUCHY-LOUDOT ; *AJ pénal* 2011, 588, obs. C PORTERON ; *Constitutions* 2012, 91, obs. P. DE COMBLES DE NAYVES ; *RSC* 2011, 830, obs. Y. MAYAUD ; *ibid.* 2012, 131, obs.

E. FORTIS ; *ibid.* 183, obs. J. DANET ; *ibid.* 221, obs. B. DE LAMY ; *RTD civ.* 2011, 752, obs. J. HAUSER.

Cour de cassation – Chambre criminelle

§ 2 – *La fonction préventive du droit pénal*

Section 2 – La réponse de la norme à la normalité

§ 1 – *Le déploiement de la fonction déclarative*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 27 mars 1996, n° 17488/90, *Goodwin c/ Royaume-Uni* ; *Annuaire français de droit international*, 1996, 749, obs. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1997, 212, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RTDH* 1996. 444, obs. de FONTBRESSIN ; *D.* 1997, Somm. 211, obs. FRICERO ; *RFDA* 1997, 999, obs. LEVINET ; *RTD civ.* 1996, 1026, obs. MARGUÉNAUD ; *JCP* 1996, I, 4000, obs. SUDRE ; *RTDH* 1996, 452, obs. TOUSSAINT.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 6 février 2015, DC QPC n° 2014-448, *JO* du 8 février 2015.

§ 2 – *L’échec de la fonction déclarative*

Chapitre 2 – Les effets toxiques de l’influence

Section 1 – Les risques pour la loi pénale

§ 1 – *La légitimité menacée de la loi pénale*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni* ; *Cahier de droit européen* 1982, 221, obs. COHEN-

Cass. crim. 6 novembre 2013, n° 12-82.182, *Bull. crim.* n°215 ; *Droit. Pénal* 2014, comm. 24, obs. J.-H. ROBERT ; *AJP* 2014 p. 131, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 16 juin 1998, n° 982-171.

Cass. crim. 20 février 2002, n° 01-85042.

Cass. crim. 7 décembre 2005 ; *Bull. crim.* n° 326 ; *Droit pénal* 2006, comm. 31, obs. M. VERON ; *RSC* 2006, p. 319, obs. MAYAUD.

Cass. crim. 27 mai 2009, n° 09-80.023 ; *AJ Pénal* 2009. 363, obs. C. DUPARC.

Cass. crim. 26 février 2020, n° 19-82.119, *Bull. crim.* n° 34.

Cass. crim. 17 mars 2021, n° 20-86.318.

JONATHAN ; *Annuaire français de droit international*, 1982, 504, obs. PELLOUX.

CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et n° 45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique* ; M. FABRE-MAGNAN, *D.* 2005. Chron. 2973 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « Sodomasochisme et autonomie personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s ; J.-

P. MARGUENAUD, « La sexualité dans le droit européen des droits de l'Homme », in A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme et sexualité. Vers la notion de droits sexuels ?*, Édition des archives contemporaines, 2019, p. 25 s., spéc. p. 36 s. et 43 s.

CEDH 3 septembre 2015, n° 42875/10, *Berland c/ France* ; *Dalloz actualité* 18 septembre 2015, obs. AUTIER ; *Droit pénal* 2015, n° 134, note PELTIER.

#### Conseil constitutionnel

Cons. const. 1<sup>er</sup> février 2019, DC QPC n° 2018-761, *JO* du 2 février 2019.

### § 2 – La construction imparfaite de la loi pénale

#### Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 6 octobre 2011, n° 50425/06, *Soros c/ France* ; *D.* 2012, 199, obs. O. BACHELET, note D. ZEROUKI-COTTIN ; *ibid.* 2011, 2823, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, S. MIRABAIL et T. POTASZKIN ; *ibid.* 2012, 1698, obs. C. MASCALA ; *AJ pénal* 2012, 156, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Rev. sociétés* 2012, 180, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2012, 252, obs. D. ROETS ; *Bull. Joly bourse*, janvier 2012, p. 11, note J. MOREL-MAROGER.

#### Conseil constitutionnel

Cons. const. 3 septembre 1986, DC n° 86-215, *JO* du 5 septembre 1986.

Cons. const. 20 janvier 1994, DC n° 93-334, *JO* du 26 janvier 1994.

Cons. const. 16 juillet 1996, DC n° 96-377, *JO* du 23 juillet 1996.

Cons. const. 28 avril 2005, DC n° 2005-514, *JO* du 4 mai 2005.

Cons. const. 10 mars 2011, DC n° 2011-625, *JO* du 11 mars 2011.

#### Conseil d'État

CE 28 février 1919, n° 61593, *Isabelle Dol et Jeanne Laurent*.

#### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 12 janvier 2016, n° 15-90.020.

#### Juridictions du fond

TA Paris, 20 décembre 1990, *M. et Mme B* ; *RFDA* 1992, p. 545.

CA Paris, 11 mars 1998, *JurisData* n° 1998-020757.

TGI Bordeaux, 27 juillet 2004 ; *D.* 2004, p. 2392, note E. AGOSTINI.

Cons. const. 6 février 2015, DC QPC n° 2014-448, *JO* du 8 février 2015, *D.* 2015. Actu. 324, *ibid.* Pan. 2465, obs. ROUJOU DE BOUBEE ; *RSC* 2015. 86, obs. MAYAUD.

Cons. const. 1<sup>er</sup> février 2019, DC QPC n° 2018-761, *JO* du 2 février 2019 ; *Constitutions* 2018, 605 ; *RSC* 2019, p. 85, obs. Y. MAYAUD, , texte n° 104, *JCP* 2019, n° 202, note P. MISTRETTA.

Cons. const. 6 septembre 2019, DC QPC n° 2019-799/800, *JO* du 7 septembre 2019.

#### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 14 novembre 1990, n° 90-80.152 ; *Droit pénal* 1991. 105.

Cass. crim. 1<sup>er</sup> mars 1995, n° 94-85.393, *Bull. crim.* n° 92 ; *D.* 1996. Somm. 241, obs. MALBRANCQ DECOURCELLE ; *Droit pénal* 1995, 171, note VERON.

Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016, *Bull. crim.* n° 138 ; *Droit pénal* 1996, obs. VERON.

Cass. crim. 7 décembre 2005, n° 05-81.316, *Bull. crim.* n° 326 ; *D.* 2006, IR 175, obs. GIRAULT ; *D.* 2006, Pan. 1655, obs. GARE ;

*AJ Pénal* 2006. 81 ; *Droit pénal* 2006. 31, obs. VERON ; *RSC* 2006. 319, obs. MAYAUD.

Cass. crim. 5 décembre 2007, n° 07-80.068, *D.* 2008. Pan. 1861, obs. BONFILS.

Cass. crim. 3 octobre 2012, n° 12.90-052 ; *Gaz. Pal.* 8-9 février 2013, p. 29, obs. E. DREYER.

Cass. crim. 20 février 2013, n° 12-90.074 ; *Droit pénal* 2013, comm. 86, obs. VERON.

Cass. crim. 7 août 2013 ; *Droit pénal* 2013, n° 151, obs. VERON.

Cass. crim. 9 avril 2014, n° 14-80.867.

Cass. crim. 18 décembre 2014, n° 13-90.031.

Cass. crim. 7 septembre 2016, n° 15-83.287 ; V. MALABAT, « Pas d'atteinte sexuelle, même aggravée, sans contact corporel », *AJ Pénal* 2016, p. 529 s.

Cass. crim. 8 février 2017, n° 16-80.102 P ; *Dalloz actualité*, 28 février 2017, obs. GOETZ ; *RSC* 2017, 744, obs. MAYAUD ; *Droit pénal* 2017, n° 72, obs. CONTE ; *Gaz. Pal.* 25 avril 2017, p. 46, obs. DREYER.

Cass. crim. 20 février 2019, n° 18-82.334 ; *RSC* 2019, obs. DREYER p. 642.

Cass. crim. 03 mars 2021, n° 20-82.399.

## Section 2 – Les risques pour les justiciables

### *§ 1 – L'invariable déshumanisation des auteurs d'infractions sexuelles*

#### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 20 juin 2018, n°17-86.423.

### *§ 2 – La place chancelante des victimes d'infractions sexuelles*

## **Partie 2 – Le droit pénal libéré des mœurs**

### Titre 1 – Les procédés d'amoralisation

#### Chapitre 1 – La rationalisation des incriminations sexuelles

##### Section 1 – L'exploitation du principe de nécessité

###### *§ 1 – La détermination du principe de nécessité*

###### Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 26 avril 1979, n° 13166/87, *The Sunday Times c/ Royaume-Uni* ; *Cahier de droit européen* 1980. 481, obs. COHEN-JONATHAN ; *Annuaire français de droit*

*international*, 1980, 311, obs. PELLOUX ; *JDI* 1980, 471, obs. ROLLAND.

CEDH 13 août 1981, n° 7601/76 et 7806/77, *Young, James et Websterdu c/ Royaume-Uni* ; *Cahier de droit européen* 1982, 226 ; *Annuaire de droit français international* 1982, 499, obs. PELLOUX ; *JDI* 1982, 220, obs. ROLLAND.

CEDH 22 octobre 1981, n° 7525/76, *Dudgeon c/ Royaume-Uni* ; *Cahier de droit européen* 1982, 221, obs. COHEN-JONATHAN ; *Annuaire français de droit international*, 1982, 504, obs. PELLOUX.

CEDH 25 mars 1992, n° 13343/87, *B c/ France* ; *Annuaire français de droit international*, 1992, 629, obs. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1993, 720, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *JCP* 1992, II, 21955, note GARE ; *RTD civ.* 1992, 540, obs. HAUSER ; *D.* 1993, 101, note MARGUENAUD ; *D.* 1992. Somm. 325, obs. RENUCCI.

CEDH 19 février 1997, n° 21627/93, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni* ; *RTDH* 1997. 738, obs. LEVINET ; *D.* 1998. 97, obs. LARRALDE.

CEDH 27 septembre 1999, n° 31417/96 et 32377/96, *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*.

CEDH 27 septembre 1999, n° 33985/96 et 33986/96, *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*.

CEDH 31 juillet 2000, n° 35765/97, *A.D.T. c/ Royaume-Uni*.

CEDH 25 septembre 2001, n° 44787/98, *P.G. et J.H. c/ Royaume-Uni*.

## § 2 – L'application du principe de nécessité

### Conseil constitutionnel

Cons. const. 4 mai 2012, DC QPC n° 2012-240, *JO* du 5 mai 2012.

### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 17 octobre 1957, *Bull. crim.* n° 648.

Cass. crim. 25 janvier 1983, *Bull. crim.* n° 29 ; *RSC* 1983, p. 668, obs. LEVASSEUR.

Cass. crim. 16 janvier 1986, *Bull. crim.* 1986, n° 25 ; *D.* 1986, jurispr. p. 265, note D. MAYER et C. GAZOUNAUD, note J. PRADEL.

CEDH 19 décembre 2006, n° 62202/00, *Radio Twist A.S. c/ Slovaquie*.

CEDH 22 octobre 2002, n° 43208/98 et 44875/98, *Perkins et R. c/ Royaume-Uni*.

CEDH 22 octobre 2002, n° 48535/99, 48536/99 et 48537/99, *Beck, Copp and Bazeley c/ Royaume-Uni*.

CEDH 17 avril 2012, n° 20071/07, *Piechowicz c/ Pologne*.

### Conseil constitutionnel

Cons. const. 19 et 20 janvier 1981, DC n° 80-127, *JO* du 22 janvier 1981.

Cons. const. 16 juillet 1996, DC n° 96-377, *JO* du 23 juillet 1996.

Cons. const. 12 janvier 2002, DC n° 2001-455, *JO* du 18 janvier 2002.

Cons. const. 25 février 2010, DC n° 2010-604, *JO* du 3 mars 2010.

Cons. const. 7 avril 2017, DC QPC n° 2017-62, *JO* du 9 avril 2017.

Cons. const. 15 décembre 2017, DC QPC n° 2017-682, *JO* du 16 décembre 2017.

Cass. crim. 14 novembre 1990, n° 90-80152.

Cass. crim. 19 juin 1996, *Bull. crim.* n° 265.

Cass. crim. 2 septembre 2005, n° 04-87.046, *Bull. crim.* n° 212 ; *D.* 2005, pan. 2986, obs. GARÉ ; *RSC* 2006, 69, obs. MAYAUD.

Cass. crim. 18 mars 2008, n° 07-86.075, *JurisData* n° 2008-043606 ; *Bull. crim.* 2008, n° 65 ; *AJ pénal* 2008, 283 ; *Droit pénal* 2008, Comm. 84, obs. VERON ; *RSC* 2008, 587, obs. MAYAUD.

Cass. crim. 16 mars 2016, n° 15-82.676.

Cass. crim. 20 juin 2018, n°17-86.423.

Cass. crim. 27 mars 2019, n° 18-81047 ;  
*Gaz. Pal.* 2019, n° 29, p. 45 s.

#### Juridiction du fond

CA Metz, 4 février 1988.

TGI Paris, 6 juin 1997.

CA Paris 21 octobre 2005, JurisData  
n° 2005-298727.

CA Paris, 6 juin 2012, JurisData n° 2012-  
015443.

CA Agen, 5 mai 2019, n° 14/00762.

### Section 2 – L'exploitation du consentement permissif

#### *§ 1 – La détermination du consentement permissif*

##### Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 17 février 2005, n° 42758/98 et  
45558/99, *K.A et A.D c/ Belgique*  
M. FABRE-MAGNAN, *D.* 2005. Chron.  
2973 ; J.-P. MARGUENAUD,  
« Sodomasochisme et autonomie  
personnelle », *RTD civ.* 2005, p. 341 s ; J.-

P. MARGUENAUD, « La sexualité dans le  
droit européen des droits de l'Homme », in  
A. GIAMI et B. PY (dir.), *Droit de l'homme  
et sexualité. Vers la notion de droits  
sexuels ?*, Édition des archives  
contemporaines, 2019, p. 25 s.,  
spéc. p. 36 s. et 43 s.

#### *§ 2 – L'application du consentement permissif*

##### Cour européenne des droits de l'homme

CEDH 22 novembre 1995, n° 335-C et 335-  
B, *CR et SW c/ Royaume-Uni* ; *RSC* 1996,  
p. 473, obs. KOERING-JOULIN ; P. NUSS ;  
*Gaz. Pal.* 1997, 2, doct. p. 945. J.-  
M. BRUGUIERE : *D.* 2000, chron. p. 10.

##### Conseil constitutionnel

Cons. const. 16 juin 1999, DC n° 99-411,  
*JO* du 19 juin 1999.

Cons. const. 6 février 2015, DC QPC  
n° 2014-448, *JO* du 8 février 2015.

##### Conseil d'État

CE 15 mars 2018, n° 394437.

##### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 27 mars 1996, n° 95-82.016,  
*Bull. crim.* n° 138 ; *Droit pénal* 1996, obs.  
VERON ; *RSC* 1996, p. 853 s., obs.  
Y. MAYAUD.

Cass. crim. 25 juin 1857 ; *S.* 1857, 1, 711.

Cass. crim. 14 février 1990, n° 89-83191.

Cass. crim. 8 juin 1994, JurisData  
n° 001562 ; *JCP* 1994, IV, n° 2090.

Cass. crim. 11 juin 1992, n° 91-86.346,  
JurisData n° 1992-001731 ; *Bull. crim.*  
n° 232 ; *D.* 1993, p. 117, note M.-L. RASSAT  
; *JCP G* 1993, II, 22043, note T. GARE ;  
*RSC* 1993, p. 330, obs. G. LEVASSEUR ;  
*D.* 1993, somm. p. 13, obs. G. AZIBERT ;  
*JCP G* 1993, I, 3641, n° 3, obs. M. VERON.

Cass. crim. 6 janvier 1999, n° 98-80.730.

Cass. crim. 19 mars 2010, *Bull. crim.*  
n° 153.

##### Cour de cassation – Autres chambres

Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 3 octobre 2006, n° 04-13.198,  
*Bull. civ.* I, n° 427 ; *JCP* 2007. II. 10096,  
note GEFFROY et NISSABOURI ; *D.* 2008,  
313, obs. LEMOULAND et PLAZY ; *AJ famille*  
2006, 421, obs. PECAUT-RIVOLIER ; *RTD*

civ. 2007, 99, obs. HAUSER ; *RJPF* 2007-1/11, note PANSIER.

CA Toulouse, 16 mai 2016 ; *JCP G* 2006, IV, 3121.

Juridiction du fond

Chapitre 2 – La rationalisation du régime des infractions sexuelles

Section 1 – La rationalisation du temps

*§ 1 – Les fondements de la prescription de l’action publique repensés*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 15 juillet 1982, n° 8130/78, *Eckle c/ Allemagne*.

CEDH 25 mars 1999, n° 25444/94, *Pélissier et Sassi c/ France* ; *D.* 2000. 357, note D. ROETS ; *RTDH* 2000. 281, obs. FLECHEUX et MASSIS.

CEDH 4 décembre 2007, n° 44362/04, *Dickson c/ Royaume-Uni*.

CEDH 27 mai 2013, n° 21722/11, *Oleksandr Volkov c. Ukraine*.

Conseil constitutionnel

Cons. const. 20 janvier 1994, DC n° 93-334, *JO* du 26 janvier 1994.

Cons. const. 24 mai 2019, DC QPC n° 2019-785, *JO* du 25 mai 2019.

Juridictions étrangères

*Anonyme c. État d’Israël*, Cour suprême d’Israël n° 3958/08, 19 septembre 2014.

*§ 2 – Le régime de la prescription de l’action publique révisé*

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 18 décembre 2013, n° 13-81.129 ; *Dalloz actualité* 8 janvier 2014, M. LENA.

Cass crim. 17 octobre 2018, n° 17-86.161 ; *Dalloz actualité* 28 mars 2018, obs. P. DUFOUR ; 26 janvier 2018, obs. P. JANUEL.

Section 2 – La rationalisation du soin

*§ 1 – Les fondement des mesures de sûreté repensés*

Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 16 novembre 2019, n° 18-84.374 ; J.-B. THIERRY, « Le littéral et le téléologique : à propos de l’injonction de soins », *AJ Pénal* 2019 p. 609 s.

Juridictions du fond

CA Grenoble, 16 mai 2018.

*§ 2 – Le régime des mesures de sûreté révisé*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 9 juin 1995, n°43977/13, *Welch c. Royaume-Uni* ; *Annuaire français de droit*

*international* 1995, 485, obs. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JDI* 1996, 207, obs. DECAUX et TAVERNIER ; *RSC* 1996, 470, obs. KOERING-JOULIN ; *JCP* 1996, I, 3910, obs. SUDRE.

CEDH 4 décembre 2007, n° 44362/04, *Dickson c/ Royaume-Uni*.

CEDH 17 décembre 2009, n° 19359/04, *M. c/ Allemagne*, n° 19359/04 ; *D.* 2010, 737, note PRADEL ; *AJ pénal* 2010, 129, étude LEBLOIS-HAPPE ; *RSC* 2010, 228, obs. ROETS.

CEDH 13 janvier 2011, n° 17792/07, *Kallweit c/ Allemagne*.

CEDH, 13 janvier 2011, n° 27360/04 et 42225/07, *Schummer c/ Allemagne*.

CEDH 14 avril 2011, n° 30060/04, *Jendrowiak c/ Allemagne*.

CEDH 24 novembre 2011, n° 4646/08, *O.H. c/ Allemagne*.

CEDH 13 novembre 2014, n° 40014/10, *Bodein c/ France* ; *Dalloz actualité*, 17 novembre 2014, obs. M. LENA ; *AJDA* 2015, 150, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *D.* 2014, 2303, et les obs. ; *ibid.* 2015, 2465, obs. G. ROUJOU DE BOUBEE, T. GARE, C. GINESTET, M.-H. GOZZI et S. MIRABAIL ; *AJ pénal* 2015, 105, obs. J.-P. CERE ; *RSC* 2015, 158, obs. D. ROETS.

CEDH 7 janvier 2016, n° 23279/14, *Bergmann c/ Allemagne* ; *Droit pénal* 2016, comm. 70, note V. PELTIER.

#### Conseil constitutionnel

Cons. const. 29 août 2002, DC n° 2002-460, *JO* du 30 août 2002, *AJDA* 2002. 1059, note J.-Y. CHEROT et J. TREMEAU ; *D.* 2003. 1125, obs. D. RIBES.

Cons. const. 2 mars 2004, DC n° 2004-492, *JO* du 10 mars 2004 ; *RSC* 2004, 725, obs. CH. LAZERGES.

Cons. const. 8 décembre 2005, DC n° 2005-527, *JO* du 13 décembre 2005.

Cons. const. 21 février 2008, DC n° 2008-562, *JO* du 26 février 2008.

Cons. const. 27 janvier 2012, DC QPC n° 2011-211, *JO* du 28 janvier 2012 ; *Droit pénal* 2012, 36, obs. J.-H. ROBERT.

#### Conseil d'État

CE 12 décembre 2007, n° 293993, *Section française de l'Observatoire international des prisons*.

#### Cour de cassation – Chambre criminelle

Cass. crim. 6 décembre 1961 ; *D.* 1962. 83, note J.-M. R.

Cass. crim. 23 mai 1977, *Bull. crim.* n° 183 ; *RSC* 1978. 620, obs. J. LARGUIER.

Cass. crim. 23 novembre 1982, *Bull. crim.* 1982, n° 265.

Cass. crim. 21 décembre 1987, *Bull. crim.* 198, n° 473 ; *RSC* 1988, p. 769, obs. A. VITU.

Cass. crim. 21 janvier 2009 ; *JCP* 2009. II. 10043 note S. DETRAZ ; *RPDP* 2009, 139 obs. J.-Y. CHEVALLIER ; *ibid.* p. 147 obs. X. PIN ; F. ROUSSEAU, « L'application dans le temps des nouvelles dispositions du 25 février 2008 relatives à l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *Droit pénal* 2009, chron. 9.

Cass. crim. 16 décembre 2009 ; *RPDP* 2010, 122, obs. J.-Y. CHEVALLIER ; *JCP* 2010, n° 1-2, obs. S. DETRAZ ; *JCP* 2010, n° 5, note P. MISTRETTA ; *D.* 2010, 471, note J. PRADEL ; *Droit pénal* 2010, étude 4, H. MATSOPOULOU.



Titre 2 – Les conséquences du processus d’amoralisation

Chapitre 1 – La reconsidération des protagonistes

Section 1 – Les auteurs d’infractions sexuelles, une parole à exploiter

*§ 1 – La parole, complément de la réponse pénale*

*§2 – La protection de la parole, intégrée dans la réponse pénale*

Cour de cassation – Chambre criminelle de sûreté pour soigner ! », *Gaz. Pal.* 2018, n° 27, p. 27 s  
Cass. crim., 28 mars 2018, n° 17-86938,  
E. DREYER, « Ne pas attendre la rétention

Section 2 – Les victimes d’infractions sexuelles, une parole à ménager

*§1 – Ante exsecutio*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 19 janvier 2021, n° 45431/14 et Cour de cassation – Chambre criminelle  
22769/15, *Timofeyev et Postupkin c/Russie.* Cass. crim. 14 avril 2021, n° 20-81196.

*§2 – Post exsecutio*

Chapitre 2 – Les frontières de la démonstration

Section 1 – Vers un usage circonscrit du droit pénal

*§ 1 – La protection des mœurs dissidentes*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 16 septembre 2008, n° 32792/06, *Pay c/ Royaume-Uni.*

*§ 2 – L’ignorance des mœurs entendues largement*

Cour européenne des droits de l’homme

CEDH 2 mars 2017, n° 41237/14, *Talpis c/ Italie ; D.* 2018. 919, obs. REGINE.

Section 2 – Vers une éthique minimale

*§ 1 – L'étude de la théorie*

*§ 2 – Les conséquences de la théorie*



## Index alphabétique

### A

#### **Adultère :**

- Dépénalisation : 50 s.
- Répression : 45 s.

#### **Agression sexuelle :**

- Consentement : 396 s.
- Inceste : 239 s.
- Légalité : 305 ; 308.
- Mineur : 193.
- Proposition de réécriture : 414.

#### **Ancien Code pénal :**

- Attentat à la pudeur : 73 s.
- Attentat aux bonnes mœurs : 9 ; 73 s. ; 80 s. ; 77 s.
- Excitation des mineurs à la débauche : 73 s. ; 97.
- Outrage aux bonnes mœurs : 9 ; 68 s. ; 80 s. ; 77 s.
- Outrage public à la pudeur : 73 s. ; 96.

#### **Application de la loi pénale dans l'espace :**

- Excision : 132.
- *Live streaming* : 138.

- Tourisme sexuel : 133 s.

#### **Atteinte sexuelle :**

- Consentement : 192 ; 405 s.
- Fondement moral : 78 ; 237.
- Inceste : 239 s.
- Légalité : 305 ; 308.
- Proposition de suppression : 406 s.

#### **Attentat à la pudeur : 73 s.**

#### **Attentat aux bonnes mœurs :**

- Contenu : 9 ; 73 s.
- Disparition :
  - o Evolution anthropocentrique : 80 s.
  - o Evolution linguistique : 77 s.

#### **Auteur d'infraction sexuelle :**

- Proposition d'amélioration de la prise en charge :
  - o *Ante delictum* : 508 s.
  - o *Post delictum* : 515 s.
- Stigmatisation : 320 s. ; 327.
- Trouble mental : 148 ; 298 s.

**Autonomie personnelle :**

- Contestation : 393.
- Fondement : 100 s.
- Valeur sociale protégée : 393.

**Cour criminelle :** 332.

**CRIAVS :** 511 s.

**B**

**Bigamie :** 73 s.

**C**

**Cannibalisme :** 393 s.

**Castration chimique :** 167.

**Circonstances aggravantes :**

- Étendue : 573.
- Proposition d'extension : 575.

**Consentement :**

- Efficacité : 187 s. ; 409 s.
- Exclusif : 209 ; 389.
- Justificatif : 207 s. ; 389.
- Permissif : 383 s.
- Preuve : 417 s.
- Proposition d'extension : 380 s.
- Soins : 167 s.

**Correctionnalisation :** 331.

**Corruption de mineurs :**

- Légalité : 305.
- Principe de nécessité : 373.
- Proposition de réécriture : 373.

**D**

**Dangerosité :**

- Définition : 246 ; 460 s.
- Mesures de sûreté : 301.
- Méthode d'évaluation
  - o Méthode clinique
    - Définition : 464 s.
    - Risques : 466.
  - o Méthode actuarielle
    - Définition : 467.
    - Risques : 468.
- Proposition d'amélioration (rejet) : 469 s.
- Proposition de suppression : 473 s.
- Risque : 300.

**Darknet :** 292 ; 422.

**Dignité :**

- Contestation : 324 s.
- Droit administratif : 18.
- Morale (dissimulation) : 201 s.
- Objective : 202.
- Subjective : 202.
- Valeur sociale protégée : 101 s.

**Discrimination :**

- Pénalisation : 24 ; 572.
- Proposition d'extension : 576.

## E

### **Espionnage des parties intimes :**

- Principe de nécessité : 372.
- Proposition de suppression : 372.
- Risques : 291.

### **Établissements spécialisés :**

- Présentation : 171.
- Proposition de conservation : 519 s.

### **Éthique minimale :**

- Présentation : 579 ; 589 s.
- Transposition : 580 s. ; 595 s.

**Euthanasie** : 208.

**Excision** : 130 s.

### **Excitation des mineurs à la débauche :**

73 s. ; 97.

### **Exhibition :**

- Fondement moral : 185.

### **Expertise :**

- Dangerosité : 169 ; 297 s.
- Méthodes d'évaluation :
  - Méthode clinique :
    - Définition : 464 s.
    - Risques : 466.
  - Méthode actuarielle :
    - Définition : 467.
    - Risques : 468.
- Objectivité : 113 s.

- Proposition d'amélioration (rejet) : 469 s.
- Proposition de suppression : 473 s.

## F

### **Fichiers judiciaires :**

- FIJAISV : 159 s. ; 253 ; 327 ; 583.
- FNAED : 160 ; 583.

**Féminicide** : 586.

## G

**Gestation pour autrui** : 387.

## H

**Handicap** : 410.

### **Harcèlement sexuel :**

- Principe de nécessité : 370.
- Proposition de réécriture : 370.

### **Homosexualité :**

- Dépénalisation : 60 s. ; 101.
- Discrimination (pénalisation) : 372.
- Répression : 54 s. ; 95.

**Huis clos** : 422.

## I

### **Inceste :**

- Fonction expressive : 239 s.
- Infraction autonome : 241.
- Pénalisation : 239 s.
- Principe de nécessité : 306 ; 377.
- Proposition de suppression : 378.

### **Incitation sexuelle de mineurs :**

- Principe de nécessité : 373.
- Proposition de suppression : 373.

### **Inhibiteur de libido : 167.**

### **Injonction de soins :**

- Application : 165 s. ; 583.
- Castration chimique : 167 ; 253.
- Propositions d'amélioration : 525 s.

## J

### **Juge pénal :**

- Européen :
  - o CEDH : 100 s.
  - o CJUE : 103.
- Fonction créatrice : 93 s.
- Fonction divinatoire : 507 s.
- Fonction interprétative : 88 s. ; 109 s.
- Influence morale : 104 s.
- Inter-normativité : 516 s.

### **Justice restaurative :**

- Application : 316.
- Proposition de valorisation : 529 s.

## L

### **Légalité :**

- Application :
  - o Droit pénal : 92 ; 291 s. ; 303 s.
  - o Procédure pénale : 311 s.
- Principe de nécessité : 349 s.

### **Libération conditionnelle :**

- Injonction de soins : 166.

### **Liberté d'expression :**

- Application : 289.
- Définition : 289.

### **Liberté sexuelle :**

- Application : 288.
- Contestation : 388.
- Définition : 288.
- Valeur sociale protégée : 288.

### **Live streaming :**

- Application dans l'espace : 138.
- Principe de nécessité : 369.
- Proposition de réécriture : 369.

### **Loi pénale :**

- Fonction déclarative : 255 s. ; 271 s.
- Fonction expressive : 224 s. ; 568 s.
- Fonction préventive : 243 s.

- Fonction répressive : 295 s.
- Fonction thérapeutique : 270 s.

## M

### **Messages contraires à la décence :**

- Fondement moral : 91 ; 98 ; 111 ; 182 s.

### **Messages dangereux accessibles aux mineurs :**

- Fondement moral : 78 ; 184.
- Principe de nécessité : 375.
- Proposition de réécriture : 375.
- Risques : 289.

### **Mesure de sûreté :**

- Application dans le temps : 488.
- Dangérosité :
  - o Définition : 252 s.
  - o Limites : 301.
- Experts : 489.
- Origines : 477 s.
- Placement sous surveillance électronique mobile : 487.
- Relation avec les peines :
  - o Proximité : 481 s.
  - o Différences : 486 s. ; 490.
  - o Proposition de fusion : 492 s.
- Rétention de sûreté : 253 ; 482 ; 487 ; 490 s.
- Surveillance de sûreté : 487 ; 490 s.
- Surveillance judiciaire : 482 ; 487 s.

### **Minorité :**

- Consentement : 411 s.
- Discernement : 198 ; 411.
- Morale (dissimulation) : 197 s.
- Valeur sociale protégée : 197 s.

### **Mœurs :**

- Ancien Code pénal :
  - o Outrage aux bonnes mœurs : 9 ; 68 s. ; 80 s. ; 77 s.
  - o Attentat aux mœurs : 9 ; 73 s. ; 80 s. ; 77 s.
- Définition :
  - o Acception courante : 5 s.
  - o Acception juridique : 8 s. ; 18 s.
- Moralité :
  - o Privée : 179 s.
  - o Publique : 14 ; 182 s.
- Risques :
  - o Pour les personnes : 319 s.
  - o Pour les libertés : 288 s.
  - o Pour le droit pénal : 393 s.
- Valeur sociale protégée : 65 s. ; 195 s.

### **Morale :**

- Définition : 1 ; 12 s.
- Mœurs : 12.
- Moralité :
  - o Privée : 179 s.
  - o Publique : 182 s.
- Risques :
  - o Pour les personnes : 319 s.



- Pour les libertés : 288 s.
- Pour le droit pénal : 393 s.
- Valeur sociale protégée : 65 s. ;  
195 s.

## N

### **Normalité :**

- Recherche de normalité :
  - Fonction expressive de la loi pénale : 226 s.
  - Fonction préventive de la loi pénale : 243 s.
- Réponse à la normalité :
  - Fonction déclarative de la loi pénale : 255 s.

## O

### **Opinion publique :**

- Existence : 277 s.
- Médias : 25 s. ; 111 s. ; 261 s.
- Risques : 258 s.

### **Ordre public :**

- Définition : 14.
- Ordre moral : 14 ; 18.
- Moralité publique : 18.

### **Orientation sexuelle :**

- Circonstance aggravante : 573.
- Discrimination : 572.

### **Outrage aux bonnes mœurs :**

- Contenu : 9 ; 68 s.
- Disparition :
  - Evolution anthropocentrique : 80 s.
  - Evolution linguistique : 77 s.

### **Outrage public à la pudeur : 73 s. ; 96.**

### **Outrage sexiste :**

- Pénalisation :
  - Fonction expressive : 229.
  - Inapplication : 229 ; 310.
- Principe de nécessité : 306 ; 353 ;  
376.
- Proposition de suppression : 376.
- Risques : 291.

## P

### **Pédopornographie :**

- Fondement moral : 78 ; 180 ; 237.
- Principe de nécessité : 374.
- Proposition de réécriture : 374.
- Représentation du mineur : 180 ;  
374.
- Risques : 292.

### **Perpétuité réelle :**

- Application : 260.
- Proposition de suppression : 491.

### **Peine privative de liberté :**

- Auteurs d'infractions sexuelles :  
139 ; 146 s.

- Correctionnalisation : 330.
- Établissement spécialisé : 517 s.
- Peines encourues : 140 s. ; 317.
- Peines exécutées : 144.
- Peines prononcées : 143.
- Perpétuité réelle : 142.

**Pornographie (définition) : 78.**

**Prescription de l'action publique :**

- Fondements actuels :
  - o Oubli : 429 s.
  - o Preuve : 435 s.
  - o Sanction : 433 s.
- Loi de forme : 314.
- Opinion publique : 111 ; 260 ; 274 s. ; 314.
- Propositions de nouveaux fondements :
  - o Délai raisonnable : 440 s.
  - o Nécessité de la peine : 438 s.
- Proposition d'un nouveau régime :
  - o Équilibres à respecter : 444 s.
  - o Régime idéal : 456 s.
  - o Régime raisonnable : 452 s.
- Régime : 153 s. ; 314.

**Principe de nécessité :**

- Application :
  - o Corruption de mineurs : 373.
  - o Espionnage des parties intimes : 372.
  - o Harcèlement sexuel : 370.

- o Inceste : 239 s. ; 377.
- o Incitation sexuelle de mineurs : 373.
- o *Live streaming* : 369.
- o Messages dangereux accessibles aux mineurs : 375.
- o Outrage sexiste : 353 ; 376.
- o Pédopornographie : 374.
- o Propositions sexuelles à des mineurs de quinze ans : 373.
- o Proxénétisme : 402 s.
- o *Revenge porn* : 371.
- o Sollicitation d'images pornographiques auprès d'un mineur : 373.
- o Voyeurisme : 372.

- Contrôle :

- o Externe : 364 s.
- o Interne : 361 s.

- Critères actuels : 353 s.

- Proposition de nouveaux critères :

- o Comportement anti social : 355.
- o Droit pénal subsidiaire : 356.
- o Effet performatif : 358 s.
- o Vide répressif : 354.

**Prostitution :**

- Clients : 291 s. ; 310.
- Consentement : 194 ; 402 s.
- Fondement moral : 194 ; 238.
- Mineurs : 404.

- Pénalisation : 103 ; 194.
- Proposition de réécriture : 402 s.
- Proxénétisme : 73 s. ; 305 ; 402 s. ; 404.
- Racolage : 203.
- Risques : 292.

**Propositions sexuelles à des mineurs de quinze ans :**

- Fondement moral : 181 ; 237.
- Légalité : 309.
- Principe de nécessité : 373.
- Proposition de réécriture : 373.

**Proxénétisme :**

- Fondement moral : 73 s.
- Légalité : 305.
- Mineur : 404.
- Principe de nécessité : 402 s.
- Proposition de réécriture : 402 s.

**R**

**Racolage :**

- Fondement moral : 203.
- Pénalisation : 203.

**Rétention de sûreté :**

- Présentation : 173 s. ; 253.
- Proposition de modification : 491.

**Revenge porn :**

- Principe de nécessité : 371.

**S**

**Sadomasochisme** : 102 ; 212.

**Secret professionnel :**

- Droit positif : 538 ; 545.
- Proposition d'amélioration : 545 s.

**Sodomie** : 11 ; 55 ; 334.

**Soin :**

- Castration chimique : 167.
- Contrainte : 172 s.
- Diversité :
  - o Groupe de parole : 299 ; 531.
  - o Psychanalyse : 299.
  - o Thérapie cognitivo comportementale : 299.
- Injonction de soins : 165 s.
- Injonction thérapeutique : 165.
- Obligation aux soins : 172 s.
- Proposition d'amélioration : 525 s.

**Sollicitation d'images pornographiques auprès d'un mineur :**

- Principe de nécessité : 373.
- Proposition de suppression : 373.

**Suivi socio judiciaire** : 165 ; 167 ; 313 ; 482 ; 583.

**Sursis probatoire** : 166 ; 313.

**Surveillance de sûreté :**

- Injonction de soins : 166.

- Proposition de réécriture : 491.

**Surveillance judiciaire :**

- Injonction de soins : 166.
- Mesure de sûreté : 487 s.

**T**

**Tourisme sexuel :**

- Application dans l'espace : 133 s.

**V**

**Valeur sociale protégée :**

- Autonomie personnelle : 393.
- Contestation : 387 s. ; 392 s.
- Dignité : 101 s.
- Disponible : 209.
- Indisponible : 204 s.
- Intégrité physique : 211 s.
- Liberté sexuelle : 288.
- Minorité : 197 s.
- Mœurs : 65 s. ; 195 s.
- Proposition de limitation : 385 s. ; 392 s.
- Vie privée : 288.

**Victime :**

- Influence : 265 s.
- Prise en charge :
  - o Économique : 555 s.
  - o Médicale et psychologique : 552 s.

- Propositions d'amélioration de la prise en charge :

- o Majeurs :

- Économique : 555 s.
- Médicale et psychologique : 552 s.
- Parole : 537 s.
- Secret professionnel : 538

- o Mineurs :

- Identification : 544 s.
- Économique : 555 s.
- Médicale et psychologique : 552 s.
- Parole : 539 s.

- Secret professionnel : 545.

- Régime : 268.

- Statut : 269.

**Vie privée :**

- Autonomie personnelle : 100 s. ; 393.
- Liberté sexuelle : 288.
- Valeur sociale protégée : 288.

**Viol :**

- Circonstances aggravantes : 415.
- Consentement : 411 s.
- Correctionnalisation : 330.
- Éléments constitutifs : 191 ; 193 ; 263 s. ; 308 ; 414 s.
- Époux : 94 ; 419.
- Inceste : 239 s. ; 378.

- Légalité : 308.
- Mineur : 193.
- Proposition de réécriture : 415.

**Violences :**

- Sadomasochisme : 102 ; 212.

**Voyeurisme :**

- Principe de nécessité : 372.
- Proposition de suppression : 372.
- Risques : 291.

## ANNEXES

### *Modification du Code pénal par ordre d'apparition*

<b>n° 353 s.</b>	<b>Proposition n° 1</b>	Codifier les composantes du principe de nécessité.	Art. 111-6 (créé)
<b>n° 369.</b>	<b>Proposition n° 2</b>	Supprimer la dérogation de l'application de la loi pénale dans l'espace propre au <i>live streaming</i> .	Art. 113-5 (modifié)
<b>n° 575.</b>	<b>Proposition n° 3</b>	Aggraver les infractions commises en raison des pratiques sexuelles de la victime.	Art. 132-77 (modifié)
<b>n° 491.</b>	<b>Proposition n° 4</b>	Supprimer la perpétuité réelle.	Art. 221-3 (modifié) Art. 221-4 (modifié)
<b>n° 369.</b>	<b>Proposition n° 6</b>	Étendre la répression des agressions sexuelles au commanditaire d'un viol ou d'une agression sexuelle.	Art. 222-22 (modifié)
<b>n° 411.</b>	<b>Proposition n° 7</b>	Ajouter une présomption de non consentement pour les mineurs de treize ans lorsque le viol ou l'agression sexuelle est réalisée par un majeur.	Art. 222-22-1 (modifié)
<b>n° 378.</b>	<b>Proposition n° 8</b>	Supprimer les références à l'inceste.	Art. 222-22-3 (supprimé) Art. 222-23-2 (supprimé) Art. 222-29-3 (supprimé) Art. 222-31-1 (supprimé) Art. 222-31-2 (supprimé)
<b>n° 414.</b>	<b>Proposition n° 9</b>	Supprimer le viol et l'agression sexuelle sur mineur par un majeur de cinq ans son aîné, en absence de violence, menace, contrainte ou surprise	Art. 222-23-1 (supprimé) Art. 222-29-2 (supprimé)

<b>n° 369.</b>	<b>Proposition n° 10</b>	Supprimer l’incrimination autonome du commanditaire d’un viol ou d’une agression sexuelle ( <i>livre streaming</i> ).	Art. 222-26-1 (supprimé) Art. 222-30-2 (supprimé)
<b>n° 370.</b>	<b>Proposition n° 11</b>	Recentrer le harcèlement sexuel autour de sa finalité sexuelle.	Art. 222-33 (modifié)
<b>n° 576.</b>	<b>Proposition n° 12</b>	Pénaliser la discrimination fondée sur les pratiques sexuelles de la victime.	Art. 225-1 (modifié)
<b>n° 402 s.</b>	<b>Proposition n° 13</b>	Retirer le terme de proxénétisme de l’infraction de traite des êtres humains.	Art. 225-4-1 (modifié)
<b>n° 402 s.</b>	<b>Proposition n° 14</b>	Supprimer les incriminations de proxénétisme.	Art. 225-5 à 225-12 (supprimés)
<b>n° 402 s.</b>	<b>Proposition n° 15</b>	Supprimer les incriminations de recours à la prostitution.	Art. 225-12-1 à 225-12-5 (supprimés)
<b>n° 402 s.</b>	<b>Proposition n° 16</b>	Supprimer la condition d’absence de rémunération ou de rémunération médiocre au sein de l’incrimination de travail forcé.	Art. 225-14-1 (modifié)
<b>n° 372.</b>	<b>Proposition n° 17</b>	Supprimer l’incrimination de voyeurisme.	Art. 226-3-1 (supprimé)
<b>n° 546.</b>	<b>Proposition n° 18</b>	Imposer la révélation du secret médical en présence d’atteintes ou mutilations sexuelles subies par un mineur de treize ans.	Art. 226-14 (modifié)
<b>n° 545 s.</b>	<b>Proposition n° 19</b>	Imposer l’accord du majeur victime d’atteintes ou mutilations sexuelles avant de révéler un secret médical.	Art. 226-14 (modifié)
<b>n° 373.</b>	<b>Proposition n° 20</b>	Modifier la corruption de mineur afin de la fusionner avec les propositions sexuelles sur mineur de quinze ans, l’incitation sexuelle de mineurs et la sollicitation d’images pornographiques auprès d’un mineur.	Art. 227-22 (modifié)
<b>n° 373.</b>	<b>Proposition n° 21</b>	Supprimer l’incrimination des propositions sexuelles sur mineur de quinze ans.	Art. 227-22-1 (supprimé)
<b>n° 373.</b>	<b>Proposition n° 22</b>	Supprimer l’incrimination d’incitation sexuelle de mineurs.	Art. 227-22-2 (supprimé)
<b>n° 374.</b>	<b>Proposition n° 23</b>	Supprimer la pénalisation de la pédopornographie lorsque le mineur n’est que représenté.	Art. 227-23 (supprimé)
<b>n° 373.</b>	<b>Proposition n° 24</b>	Supprimer l’incrimination de sollicitation d’images pornographiques auprès d’un mineur.	Art. 227-23-1 (supprimé)

<b>n° 375. Proposition n° 25</b>	Supprimer l'incrimination relative aux messages dangereux susceptibles d'être vus par un mineur.	Art. 227-24 (supprimé)
<b>n° 405 s. Proposition n° 26</b>	Supprimer l'atteinte sexuelle.	Art. 227-25 (supprimé) Art. 227-26 (supprimé) Art. 227-27 (supprimé) Art. 227-27-1 (modifié) Art. 227-27-2 (supprimé) Art. 227-27-2-1 (supprimé) Art. 227-27-3 (supprimé) Art. 227-28-1 (modifié) Art. 227-28-2 (modifié)
<b>n° 376. Proposition n° 27</b>	Supprimer la pénalisation de l'outrage sexiste.	Art. 621-1 (supprimé)

***Modifications du Code de procédure pénale par ordre d'apparition***

<b>n° 452 s. Proposition n° 28</b>	Raccourcir les délais de prescription de l'action publique et généraliser l'existence d'un délai butoir.	Art. 7 (modifié) Art. 8 (modifié) Art. 9 (modifié) Art. 9-1 (supprimé) Art. 9-2 (modifié)
<b>n° 491. Proposition n° 29</b>	Limiter la durée de la rétention de sûreté.	Art. 706-53-16 (modifié)
<b>n° 491. Proposition n° 30</b>	Limiter la durée de la surveillance de sûreté.	Art. 706-53-19 (modifié)
<b>n° 491. Proposition n° 31</b>	Supprimer la perpétuité réelle.	Art. 720-4 (modifié)

***Modifications du Code du travail par ordre d'apparition***

<b>n° 404. Proposition n° 32</b>	Pénaliser le recours à la prostitution d'un mineur à travers la pénalisation du travail dissimulé.	Art. L. 8224-2 (modifié)
----------------------------------	--	--------------------------

***Pour une meilleure prise en charge des auteurs d'infractions sexuelles***

<b>n° 543. Proposition n° 33</b>	Installer un numéro de téléphone vert accessible vingt-quatre heures sur vingt-quatre, sept jours sur sept, trois cent soixante cinq jours par an pour les personnes présentant une attirance pour une sexualité répréhensible.	
----------------------------------	---	--



- n° 523. Proposition n° 34** Attribuer une prime aux médecins et psychologues traitants pour chaque personne suivie dans le cadre du recours au soin imposé ou proposé par le droit pénal.
- n° 521. Proposition n° 35** Créer une formation initiale obligatoire pour les professionnels de Santé relative au soin des auteurs d'infractions sexuelles.
- n° 523. Proposition n° 36** Développer les consultations à distance pour les praticiens traitants dans le cadre du soin des auteurs d'infractions sexuelles.

*Pour une meilleure prise en charge des victimes d'infractions sexuelles*

- n° 544. Proposition n° 37** Créer d'une formation initiale obligatoire pour les professionnels de Santé relative à la détection des signes de violences sexuelles.
- n° 537. Proposition n° 38** Élargir la diffusion du dépliant établi par le ministère de la Justice condensant des informations utiles pour les victimes d'agressions sexuelles, notamment dans les lieux de privation de liberté, les hôpitaux et tous les endroits où peuvent se trouver des personnes victimes.
- n° 540 s. Proposition n° 39** Généraliser les campagnes de sensibilisation à destination des mineurs inspirées par celles menées par le Défenseur des droits.
- n° 542. Proposition n° 40** Mener une enquête sur les effets concrets de la circulaire n° 2018-111 du 12 septembre 2018 relative à l'éducation à la sexualité dans la cadre des enseignements primaire et secondaire.
- n° 547. Proposition n° 41** Désigner un référent en protection de l'enfance dans chaque établissement hospitalier et dans chaque conseil départemental.
- n° 549 s. Proposition n° 42** Assurer la présence d'un UAMJ, ou à défaut d'une salle « Mélanie », dans chaque département.
- n° 555. Proposition n° 43** Assurer le remboursement du suivi psychologique des victimes d'infraction sexuelle.
- n° 552 s. Proposition n° 44** Étendre la prise en charge économique du suivi médical et psychologique aux victimes majeures d'infractions sexuelles.

*Pour une meilleure prise en charge commune aux auteurs et victimes d'infractions sexuelles*

- n° 529 s. Proposition n° 45** Favoriser le recours aux mesures de justice restaurative, notamment lorsque l'action publique est éteinte.
- n° 528. Proposition n° 46** Élaborer un guide méthodologique relatif aux règles applicables en matière de partage d'informations entre les professionnel de Santé et les professionnels de Justice.

---

## SYNTHESE DES PROPOSITIONS

### PROPOSITION DE CODIFICATION DANS LE CODE PÉNAL

#### Partie législative

##### Livre Ier : Dispositions générales

##### Titre Ier : De la loi pénale

##### Chapitre Ier : Des principes généraux

#### Principe de nécessité

##### Article 111-6 (créé)

« La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires.

Les peines ne sont nécessaires que lorsqu'elles :

1° Répondent à un vide répressif,

2° Répriment un comportement manifestement antisocial

3° Et sont utilisées à titre subsidiaire ».

##### Chapitre II : De l'application de la loi pénale dans le temps

##### Chapitre III : De l'application de la loi pénale dans l'espace

#### Live streaming

##### Article 113-5 (modifié)

« La loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère.

~~Elle est également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus au livre II ».~~

##### Titre II : De la responsabilité pénale

##### Titre III : Des peines

##### Chapitre Ier : De la nature des peines

##### Chapitre II : Du régime des peines (Articles 132-1 à 132-80)

#### Circonstance aggravante

**Article 132-77 (modifié)**

« Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime en raison de son sexe, son orientation sexuelle, son identité de genre vraie ou supposée, **ou ses pratiques sexuelles**, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons, le maximum de la peine privative de liberté encourue est relevé ainsi qu'il suit : [...] ».

**Livre II : Des crimes et délits contre les personnes**

**Titre Ier : Des crimes contre l'humanité**

**Titre II : Des atteintes à la personne humaine**

**Chapitre Ier : Des atteintes à la vie de la personne**

**Perpétuité réelle**

**Article 221-3 (modifié)**

« Le meurtre commis avec préméditation ou guet-apens constitue un assassinat. Il est puni de la réclusion criminelle à perpétuité.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article. Toutefois, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que l'assassinat est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque l'assassinat a été commis sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, la cour d'assises peut, par décision spéciale, ~~soit~~ porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, ~~soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné~~ ; en cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est alors égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce ».

**Article 221-4 (modifié)**

« Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis :

1° Sur un mineur de quinze ans ;

2° Sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

4° Sur un magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, un militaire de la gendarmerie nationale, un fonctionnaire de la police nationale, des douanes, de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, un sapeur-pompier professionnel ou volontaire, un gardien assermenté d'immeubles ou de groupes d'immeubles ou un agent exerçant pour le compte d'un bailleur des fonctions de gardiennage ou de surveillance des immeubles à usage d'habitation en application de l'article L. 271-1 du code de la sécurité intérieure, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;

4° bis Sur un enseignant ou tout membre des personnels travaillant dans les établissements d'enseignement scolaire, sur un agent d'un exploitant de réseau de transport public de voyageurs ou toute personne chargée d'une mission de service public, ainsi que sur un professionnel de santé, dans l'exercice ou du fait de ses fonctions, lorsque la qualité de la victime est apparente ou connue de l'auteur ;

4° ter Sur le conjoint, les ascendants ou les descendants en ligne directe ou sur toute autre personne vivant habituellement au domicile des personnes mentionnées aux 4° et 4° bis, en raison des fonctions exercées par ces dernières ;

5° Sur un témoin, une victime ou une partie civile, soit pour l'empêcher de dénoncer les faits, de porter plainte ou de déposer en justice, soit en raison de sa dénonciation, de sa plainte ou de sa déposition ;

6° et 7° (abrogés)

8° Par plusieurs personnes agissant en bande organisée ;

9° Par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ;

10° Contre une personne en raison de son refus de contracter un mariage ou de conclure une union.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article. Toutefois, lorsque la victime est un mineur de quinze ans et que le meurtre est précédé ou accompagné d'un viol, de tortures ou d'actes de barbarie ou lorsque le meurtre a été commis en bande organisée sur un magistrat, un fonctionnaire de la police nationale, un militaire de la gendarmerie, un membre du personnel de l'administration pénitentiaire ou toute autre personne dépositaire de l'autorité publique, à l'occasion de l'exercice ou en raison de ses fonctions, la cour d'assises peut, par décision spéciale, ~~soit~~ porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, ~~soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 ne pourra être accordée au condamné~~ ; en cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est alors égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce ».

## Chapitre II : Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne

### Live streaming

#### Article 222-22 (modifié)

« Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ~~ou, dans les cas prévus par la loi, commise sur un mineur par un majeur.~~

Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.

Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est

*applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.*

***Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques dans le but qu'elle commette un viol ou une agression sexuelle, visionné par le biais d'un système de communication électronique est puni des peines prévues pour l'infraction recherchée ».***

### **Contrainte morale et surprise**

#### **Article 222-22-1 (modifié)**

*« La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale.*

*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.*

~~*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.*~~

*Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de treize ans par un majeur, la contrainte morale ou la surprise sont présumées ».*

### **Inceste**

#### **Article 222-22-3 (supprimé)**

*« Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis par :*

*1° Un ascendant ;*

*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 ».*

### **Viol sur mineur**

#### **Article 222-23-1 (supprimé)**

*« Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue également un viol 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 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 condition de différence d'âge prévue au premier alinéa du présent article n'est pas applicable si les faits sont commis 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 ».*

### **Inceste**

#### **Article 222-23-2 (supprimé)**

*« Hors le cas prévu à l'article 222-23, 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 ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait ».*

### **Live streaming**

#### **Article 222-26-1 (supprimé)**

*« Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette un viol, y compris hors du territoire national, est puni, lorsque ce crime n'a été ni commis, ni tenté, de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende ».*

### **Agression sexuelle sur mineur**

#### **Article 222-29-2 (supprimé)**

*« 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.*

*La condition de différence d'âge prévue au premier alinéa du présent article n'est pas applicable si les faits ont été commis 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 ».*

### **Inceste**

#### **Article 222-29-3 (supprimé)**

*« 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 ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait ».*

### **Live streaming**

#### **Article 222-30-2 (supprimé)**

*« Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette une agression sexuelle, y compris*

hors du territoire national, est puni, lorsque cette agression n'a été ni commise, ni tentée, de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende.

Lorsque l'agression sexuelle devait être commise sur un mineur, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende ».

## Inceste

### Article 222-31-2 (modifié)

« 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.

Si les poursuites ont lieu devant la cour d'assises, celle-ci statue sur cette question sans l'assistance des jurés ».

## Harcèlement sexuel

### Article 222-33 (modifié)

« Le harcèlement sexuel est le fait d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.

L'infraction est également constituée :

1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ;

2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition

~~**II. – Est assimilé au harcèlement sexuel le fait, même non répété, d'user de toute forme de pression grave dans le but réel ou apparent d'obtenir un acte de nature sexuelle, que celui-ci soit recherché au profit de l'auteur des faits ou au profit d'un tiers.**~~

~~**III. - Les faits mentionnés aux I et II sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende.**~~

Ces peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque les faits sont commis :

1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;

4° *Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de leur auteur ;*

5° *Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;*

6° *Par l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique ;*

7° *Alors qu'un mineur était présent et y a assisté ;*

8° *Par un ascendant ou par toute autre personne ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ».*

### **Chapitre III : De la mise en danger de la personne**

### **Chapitre IV : Des atteintes aux libertés de la personne**

### **Chapitre V : Des atteintes à la dignité de la personne**

## **Discrimination**

### **Article 225-1 (modifié)**

*« Constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques sur le fondement de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de leur situation économique, apparente ou connue de son auteur, de leur patronyme, de leur lieu de résidence, de leur état de santé, de leur perte d'autonomie, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre, **de leurs pratiques sexuelles**, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée.*

*Constitue également une discrimination toute distinction opérée entre les personnes morales sur le fondement de l'origine, du sexe, de la situation de famille, de la grossesse, de l'apparence physique, de la particulière vulnérabilité résultant de la situation économique, apparente ou connue de son auteur, du patronyme, du lieu de résidence, de l'état de santé, de la perte d'autonomie, du handicap, des caractéristiques génétiques, des mœurs, de l'orientation sexuelle, de l'identité de genre, de **leurs pratiques sexuelles**, de l'âge, des opinions politiques, des activités syndicales, de la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français, de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une Nation, une prétendue race ou une religion déterminée des membres ou de certains membres de ces personnes morales ».*



## **Traite des êtres humains**

### **Article 225-4-1 (modifié)**

« I. - La traite des êtres humains est le fait de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir à des fins d'exploitation dans l'une des circonstances suivantes :

1° Soit avec l'emploi de menace, de contrainte, de violence ou de manœuvre dolosive visant la victime, sa famille ou une personne en relation habituelle avec la victime ;

2° Soit par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de cette personne ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

3° Soit par abus d'une situation de vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, apparente ou connue de son auteur ;

4° Soit en échange ou par l'octroi d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage.

L'exploitation mentionnée au premier alinéa du présent I est le fait de mettre la victime à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre la victime des infractions ~~de proxénétisme~~, d'agression ou d'atteintes sexuelles, de réduction en esclavage, de soumission à du travail ou à des services forcés, de réduction en servitude, de prélèvement de l'un de ses organes, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre la victime à commettre tout crime ou délit.

La traite des êtres humains est punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende.

II. - La traite des êtres humains à l'égard d'un mineur est constituée même si elle n'est commise dans aucune des circonstances prévues aux 1° à 4° du I.

Elle est punie de dix ans d'emprisonnement et de 1 500 000 € d'amende ».

## **Proxénétisme**

### **Article 225-5 (supprimé)**

« Le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit :

1° D'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui ;

2° De tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution ;

3° D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire.

Le proxénétisme est puni de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende ».

### **Article 225-6 (supprimé)**

« Est assimilé au proxénétisme et puni des peines prévues par l'article 225-5 le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit :

1° De faire office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite ou rémunère la prostitution d'autrui ;

2° De faciliter à un proxénète la justification de ressources fictives ;

3° De ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution ;

4° D'entraver l'action de prévention, de contrôle, d'assistance ou de rééducation entreprise par les organismes qualifiés à l'égard de personnes en danger de prostitution ou se livrant à la prostitution ».

#### **Article 225-7 (supprimé)**

« Le proxénétisme est puni de dix ans d'emprisonnement et de 1 500 000 euros d'amende lorsqu'il est commis :

1° A l'égard d'un mineur ;

2° A l'égard d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

3° A l'égard de plusieurs personnes ;

4° A l'égard d'une personne qui a été incitée à se livrer à la prostitution soit hors du territoire de la République, soit à son arrivée sur le territoire de la République ;

5° Par un ascendant légitime, naturel ou adoptif de la personne qui se prostitue ou par une personne qui a autorité sur elle ou abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

6° Par une personne appelée à participer, de par ses fonctions, à la lutte contre la prostitution, à la protection de la santé ou au maintien de l'ordre public ;

7° Par une personne porteuse d'une arme ;

8° Avec l'emploi de la contrainte, de violences ou de manœuvres dolosives ;

9° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice, sans qu'elles constituent une bande organisée ;

10° Grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique.

Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par le présent article ».

#### **Article 225-7-1 (supprimé)**

Le proxénétisme est puni de vingt ans de réclusion criminelle et de 3 000 000 euros d'amende lorsqu'il est commis à l'égard d'un mineur de quinze ans.

#### **Article 227-8 (supprimé)**

« Le proxénétisme prévu à l'article 225-7 est puni de vingt ans de réclusion criminelle et de 3 000 000 euros d'amende lorsqu'il est commis en bande organisée.

*Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue par le présent article ».*

**Article 227-9 (supprimé)**

*« Le proxénétisme commis en recourant à des tortures ou des actes de barbarie est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et de 4 500 000 euros d'amende.*

*Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables à l'infraction prévue au présent article ».*

**Article 225-10 (supprimé)**

*« Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 euros d'amende le fait, par quiconque, agissant directement ou par personne interposée :*

*1° De détenir, gérer, exploiter, diriger, faire fonctionner, financer ou contribuer à financer un établissement de prostitution ;*

*2° Détenant, gérant, exploitant, dirigeant, faisant fonctionner, finançant ou contribuant à financer un établissement quelconque ouvert au public ou utilisé par le public, d'accepter ou de tolérer habituellement qu'une ou plusieurs personnes se livrent à la prostitution à l'intérieur de l'établissement ou de ses annexes ou y recherchent des clients en vue de la prostitution ;*

*3° De vendre ou de tenir à la disposition d'une ou de plusieurs personnes des locaux ou emplacements non utilisés par le public, en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution ;*

*4° De vendre, de louer ou de tenir à la disposition, de quelque manière que ce soit, d'une ou plusieurs personnes, des véhicules de toute nature en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution.*

*Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux infractions prévues par les 1° et 2° du présent article ».*

**Article 227-11 (supprimé)**

*« La tentative des délits prévus par la présente section est punie des mêmes peines ».*

**Article 227-11-1 (supprimé)**

*« Toute personne qui a tenté de commettre les infractions prévues par la présente section est exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices.*

*La peine privative de liberté encourue par l'auteur ou le complice d'une des infractions prévues à la présente section est réduite de moitié si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, il a permis de faire cesser l'infraction ou d'éviter que l'infraction n'entraîne mort d'homme ou infirmité permanente et d'identifier, le cas échéant, les autres auteurs ou complices. Lorsque la peine encourue est la réclusion criminelle à perpétuité, celle-ci est ramenée à vingt ans de réclusion criminelle ».*

**Article 227-11-2 (supprimé)**

*« Dans le cas où le délit prévu par le 1° de l'article 225-7 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française*

*est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables.*

*Il en est de même dans le cas où l'un des crimes mentionnés aux articles 225-7-1, 225-8 ou 225-9 a été commis sur un mineur hors du territoire de la République par un étranger résidant habituellement sur le territoire français.*

*Dans le cas où le délit prévu par le 1° de l'article 225-7 est commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».*

### **Article 227-12 (supprimé)**

*« Il en est de même dans le cas où l'un des crimes mentionnés aux articles 225-7-1, 225-8 ou 225-9 a été commis sur un mineur hors du territoire de la République par un étranger résidant habituellement sur le territoire français ».*

### **Client de la prostitution**

#### **Article 225-12-1 (supprimé)**

*« Lorsqu'il est commis en récidive dans les conditions prévues au second alinéa de l'article 132-11, le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir des relations de nature sexuelle d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, 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 est puni de 3 750 € d'amende.*

*Est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, 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, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure ou présente une particulière vulnérabilité, apparente ou connue de son auteur, due à une maladie, à une infirmité, à un handicap ou à un état de grossesse ».*

#### **Article 225-12-2 (supprimé)**

*« Les peines prévues au second alinéa de l'article 225-12-1 sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende :*

- 1° Lorsque l'infraction est commise de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs personnes ;*
- 2° Lorsque la personne a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication ;*
- 3° Lorsque les faits sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;*
- 4° Lorsque l'auteur des faits a délibérément ou par imprudence mis la vie de la personne en danger ou a commis contre elle des violences.*

*Hors les cas dans lesquels ces faits constituent un viol ou une agression sexuelle, les peines prévues au second alinéa de l'article 225-12-1 sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsqu'il s'agit d'un mineur de quinze ans ».*

#### **Article 225-12-3 (supprimé)**

*« Dans le cas où les délits prévus au second alinéa de l'article 225-12-1 et à l'article 225-12-2 sont commis à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».*

#### **Article 225-12-4 (supprimé)**

*« Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies à la présente section encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par l'article 131-39.*

*L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».*

### **Travail forcé**

#### **Article 225-14-1 (modifié)**

*« Le travail forcé est le fait, par la violence ou la menace, de contraindre une personne à effectuer un travail ~~sans rétribution ou en échange d'une rétribution manifestement sans rapport avec l'importance du travail accompli~~. Il est puni de sept ans d'emprisonnement et de 200 000 € d'amende ».*

## **Chapitre VI : Des atteintes à la personnalité**

### **Voyeurisme**

#### **Article 226-3-1 (supprimé)**

*Le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.*

*Les faits mentionnés au premier alinéa sont punis de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende :*

*1° Lorsqu'ils sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;*

*2° Lorsqu'ils sont commis sur un mineur ;*

*3° Lorsqu'ils sont commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de leur auteur ;*

*4° Lorsqu'ils sont commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;*

5° Lorsqu'ils sont commis dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ;

6° Lorsque des images ont été fixées, enregistrées ou transmises.

### **Secret médical**

#### **Article 226-14 (modifié)**

*« La loi impose la révélation du secret aux autorités judiciaires, médicales, administratives ou à la cellule de recueil, de traitement et d'évaluation des informations préoccupantes relatives aux mineurs en danger :*

*1° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui a connaissance de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, ayant été infligées à un mineur de treize ans ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique ;*

*2° Au médecin ou à tout autre professionnel de santé qui a connaissance de sévices ou de privation, sur le plan physique ou psychique, qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises à un majeur, dès lors que ce dernier donne son accord pour la révélation du secret. Lorsque la victime est un mineur de treize ans ou une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique, son accord n'est pas nécessaire ;*

*3° Aux professionnels de la santé ou de l'action sociale qui informent le préfet et, à Paris, le préfet de police du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une.*

*Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut engager la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire de son auteur, sauf s'il est établi qu'il n'a pas agi de bonne foi ».*

## **Chapitre VII : Des atteintes aux mineurs et à la famille**

### **Corruption de mineur**

#### **Article 227-22 (modifié)**

*« Le fait de provoquer ou de tenter de provoquer entre un mineur déterminé et la sexualité une confrontation manifestement inappropriée, en raison de son âge ou de la nature de l'acte et ce par quelques moyens que ce soit, est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende.*

*Constitue également une corruption de mineur, le fait pour un majeur d'adresser ou de tenter d'adresser des propositions sexuelles à un mineur de treize ans ou de solliciter la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique dudit mineur.*

*Ces peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de*

messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications électroniques ou que les faits sont commis dans les établissements d'enseignement ou d'éducation ou dans les locaux de l'administration, ainsi que, lors des entrées ou sorties des élèves ou du public ou dans un temps très voisin de celles-ci, aux abords de ces établissements ou locaux.

~~Les mêmes peines sont notamment applicables au fait, commis par un majeur, d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe ou d'assister en connaissance de cause à de telles réunions.~~

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée ».

### Propositions sexuelles à un mineur de quinze ans

#### Article 227-22-1 (Supprimé)

« Le fait pour un majeur de faire des propositions sexuelles à un mineur de quinze ans ou à une personne se présentant comme telle en utilisant un moyen de communication électronique est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende.

Ces peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende lorsque les propositions ont été suivies d'une rencontre ».

### Incitation sexuelle de mineurs

#### Article 227-22-2 (supprimé)

« Hors les cas de viol ou d'agression sexuelle, 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, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende si les faits ont été commis en bande organisée ».

### Pédopornographie

#### Article 227-23 (modifié)

« Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image d'un mineur ~~ou la représentation d'un mineur~~ lorsque cette image mineur ~~ou cette représentation~~ présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende. Lorsque l'image ~~ou la représentation~~ concerne un mineur de quinze ans, ces faits sont punis même s'ils n'ont pas été commis en vue de la diffusion de cette image ~~ou représentation~~.

*Le fait d'offrir, de rendre disponible ou de diffuser une telle image ~~ou représentation~~, par quelque moyen que ce soit, de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter, est puni des mêmes peines.*

*Les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 euros d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ~~ou de la représentation~~ du mineur à destination d'un public non déterminé, un réseau de communications électroniques.*

*Le fait de consulter habituellement ou en contrepartie d'un paiement un service de communication au public en ligne mettant à disposition une telle image ~~ou représentation~~, d'acquérir ou de détenir une telle image par quelque moyen que ce soit est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende.*

*Les infractions prévues au présent article sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 500 000 euros d'amende lorsqu'elles sont commises en bande organisée.*

*La tentative des délits prévus au présent article est punie des mêmes peines.*

*Les dispositions du présent article sont également applicables aux images pornographiques d'une personne dont l'aspect physique est celui d'un mineur, sauf s'il est établi que cette personne était âgée de dix-huit ans au jour de la fixation ou de l'enregistrement de son image ».*

### **Sollicitation d'images pornographiques auprès d'un mineur**

#### **Article 227-23-1 (supprimé)**

*« Le fait pour un majeur de solliciter auprès d'un mineur la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique dudit mineur est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.*

*Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque les faits ont été commis à l'encontre d'un mineur de quinze ans. Elles sont portées à dix ans d'emprisonnement et à un million d'euros d'amende lorsque les faits ont été commis en bande organisée ».*

### **Messages dangereux susceptibles d'être vus par un mineur**

#### **Article 227-24 (supprimé)**

*« Le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent, incitant au terrorisme, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine ou à inciter des mineurs à se livrer à des jeux les mettant physiquement en danger, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur.*

*Lorsque les infractions prévues au présent article sont soumises par la voie de la presse écrite ou audiovisuelle ou de la communication au public en ligne, les dispositions particulières des lois qui régissent ces matières sont applicables en ce qui concerne la détermination des personnes responsables.*

*Les infractions prévues au présent article sont constituées y compris si l'accès d'un mineur aux messages mentionnés au premier alinéa résulte d'une simple déclaration de celui-ci indiquant qu'il est âgé d'au moins dix-huit ans ».*



### **Atteinte sexuelle**

#### **Article 227-25 (supprimé)**

*« Hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, le fait, pour 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 ».*

#### **Article 227-26 (supprimé)**

*« L'infraction définie à l'article 227-25 est punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende :*

*1° Lorsqu'elle est commise par une personne majeure ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ;*

*2° Lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;*

*3° Lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;*

*4° Lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication électronique ;*

*5° Lorsqu'elle est commise par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants ».*

#### **Article 227-27 (supprimé)**

*« Hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, les atteintes sexuelles sur un mineur âgé de plus de quinze ans sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende :*

*1° Lorsqu'elles sont commises par toute personne majeure ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ;*

*2° Lorsqu'elles sont commises par une personne majeure qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».*

#### **Article 227-27-1 (modifié)**

*« Dans le cas où les infractions prévues par les articles 227-22 ou 227-23 ~~ou 227-25 à 227-27~~ sont commises à l'étranger par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».*

#### **Article 227-27-2 (supprimé)**

*« La tentative des délits prévus aux articles 227-25, 227-26 et 227-27 est punie des mêmes peines ».*

**Article 227-27-2-1 (supprimé)**

« 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 :

1° Un ascendant ;

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 avec l'une des personnes mentionnées aux mêmes 1° et 2°, s'il a sur le mineur une autorité de droit ou de fait ».

**Article 227-27-3 (supprimé)**

« Lorsque l'atteinte sexuelle incestueuse est commise par une personne titulaire de l'autorité parentale sur le mineur, 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.

Si les poursuites ont lieu devant la cour d'assises, celle-ci statue sur cette question sans l'assistance des jurés ».

**Article 227-28-1 (modifié)**

« Les personnes morales déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2, des infractions définies aux articles 227-18 à ~~227-24-1~~ ~~227-26~~ encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38, les peines prévues par les 2° à 5° et 7° à 9° de l'article 131-39.

L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise ».

**Article 227-28-2 (modifié)**

« Le fait de faire à une personne des offres ou des promesses ou de lui proposer des dons, présents ou avantages quelconques afin qu'elle commette à l'encontre d'un mineur l'un des crimes ou délits visés aux articles 225-5 à 225-11, 227-22 et 227-23 ~~et 227-25 à 227-28~~ est puni, lorsque cette infraction n'a été ni commise ni tentée, de trois ans d'emprisonnement et 45 000 euros d'amende si cette infraction constitue un délit, et de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende si elle constitue un crime ».

**Livre III : Des crimes et délits contre les biens**

**Livre IV : Des crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique**

**Titre II : Du terrorisme**

## Chapitre Ier : Des actes de terrorisme

### Perpétuité réelle

#### Article 421-7 (modifié)

« Les deux premiers alinéas de l'article 132-23 relatif à la période de sûreté sont applicables aux crimes ainsi qu'aux délits punis de dix ans d'emprisonnement prévus au présent chapitre. Toutefois, lorsque le crime prévu au présent chapitre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité, la cour d'assises peut, par décision spéciale, ~~soit~~ porter la période de sûreté jusqu'à trente ans, ~~soit, si elle prononce la réclusion criminelle à perpétuité, décider qu'aucune des mesures énumérées au même article 132-23 ne pourra être accordée au condamné.~~ En cas de commutation de la peine, et sauf si le décret de grâce en dispose autrement, la période de sûreté est égale à la durée de la peine résultant de la mesure de grâce. ».

**Livre IV bis : Des crimes et des délits de guerre**

**Livre V : Des autres crimes et délits**

**Livre VI : Des contraventions**

**Titre Ier : Du recours à la prostitution**

**Titre II : De l'outrage sexiste**

### Outrage sexiste

#### Article 621-1 (supprimé)

« I.- Constitue un outrage sexiste le fait, hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2, d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante.

II.- L'outrage sexiste est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4<sup>e</sup> classe. Cette contravention peut faire l'objet des dispositions du code de procédure pénale relatives à l'amende forfaitaire, y compris celles concernant l'amende forfaitaire minorée.

III.- L'outrage sexiste est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 5<sup>e</sup> classe lorsqu'il est commis :

1° Par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;

2° Sur un mineur de quinze ans ;

3° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ;

4° Sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de son auteur ;

5° Par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;

6° Dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ;

7° *En raison de l'orientation sexuelle, vraie ou supposée, de la victime.*

*La récidive de la contravention prévue au présent III est réprimée conformément au premier alinéa de l'article 132-11.*

*IV.- Les personnes coupables des contraventions prévues aux II et III du présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :*

*1° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes ;*

*2° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de citoyenneté ;*

*3° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels ;*

*4° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes ;*

*5° Dans le cas prévu au III, un travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures ».*

## **PROPOSITION DE CODIFICATION DANS LE CODE DE PROCÉDURE PÉNALE**

### **Partie législative**

#### **Titre préliminaire : Dispositions générales**

#### **Prescription de l'action publique**

##### **Article 7 (modifié)**

*« L'action publique des crimes se prescrit par dix années révolues à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'exercice de l'action publique des crimes mentionnés aux articles 706-16, 706-26 et 706-167 du présent code, aux articles 214-1 à 214-4 et 221-12 du code pénal et au livre IV bis du même code se prescrit par dix années révolues à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder trente années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'action publique des crimes mentionnés à l'article 706-47 du présent code, lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit à compter de la majorité de ces derniers ; ~~toutefois, s'il s'agit d'un viol, 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.~~*

*L'action publique des crimes mentionnés aux articles 211-1 à 212-3 du code pénal est imprescriptible ».*

### Article 8 (modifié)

*« L'action publique des délits punis jusqu'à trois ans d'emprisonnement se prescrit par trois années révolues à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder cinq années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'action publique des délits punis de plus de trois ans d'emprisonnement se prescrit par six années révolues à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder dix années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise.*

*L'action publique des délits mentionnés aux articles 706-47 du présent code et aux articles 222-12 et 434-3 du Code pénal lorsqu'ils sont commis sur des mineurs, se prescrit à compter de la majorité de ces derniers.*

~~*Toutefois, s'il s'agit d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle commise sur un mineur, en cas de commission sur un autre mineur par la même personne, avant l'expiration des délais prévus aux deuxième et troisième alinéas du présent article, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle, le délai de prescription de la première infraction est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la date de prescription de la nouvelle infraction.*~~

~~*L'action publique du délit mentionné à l'article 434-3 du code pénal se prescrit, lorsque le défaut d'information concerne une agression ou un atteinte sexuelle commise sur un mineur, par dix années révolues à compter de la majorité de la victime et, lorsque le défaut d'information concerne un viol commis sur un mineur, par vingt années révolues à compter de la majorité de la victime.*~~

*L'action publique des délits mentionnés à l'article 706-167 du présent code, lorsqu'ils sont punis de dix ans d'emprisonnement, ainsi que celle des délits mentionnés aux articles 706-16 du présent code, à l'exclusion de ceux définis aux articles 421-2-5 à 421-2-5-2 du code pénal, et 706-26 du présent code et au livre IV bis du code pénal se prescrivent par les délais de droit commun sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder vingt années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise ».*

### Article 9 (modifié)

*« L'action publique des contraventions se prescrit par une année révolue à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder deux années révolues à compter du jour où l'infraction a été commise ».*

### Article 9-1 (supprimé)

~~*« Le délai de prescription de l'action publique du crime prévu à l'article 214-2 du code pénal, lorsqu'il a conduit à la naissance d'un enfant, court à compter de la majorité de ce dernier.*~~

~~*Par dérogation au premier alinéa des articles 7 et 8 du présent code, le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise.*~~

*Est occulte l'infraction qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire.*

*Est dissimulée l'infraction dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte ».*

### **Article 9-2 (modifié)**

« Le délai de prescription de l'action publique est interrompu par :

1° Tout acte, émanant du ministère public ou de la partie civile, tendant à la mise en mouvement de l'action publique, prévu aux articles 80, 82, 87, 88, 388, 531 et 532 du présent code et à l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse ;

2° Tout acte d'enquête émanant du ministère public, tout procès-verbal dressé par un officier de police judiciaire ou un agent habilité exerçant des pouvoirs de police judiciaire tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction ;

3° Tout acte d'instruction prévu aux articles 79 à 230 du présent code, accompli par un juge d'instruction, une chambre de l'instruction ou des magistrats et officiers de police judiciaire par eux délégués, tendant effectivement à la recherche et à la poursuite des auteurs d'une infraction ;

4° Tout jugement ou arrêt, même non définitif, s'il n'est pas entaché de nullité.

Tout acte, jugement ou arrêt mentionné aux 1° à 4° fait courir un délai de prescription d'une durée égale au délai initial.

Le présent article est applicable aux infractions connexes ainsi qu'aux auteurs ou complices non visés par l'un de ces mêmes acte, jugement ou arrêt.

~~**Le délai de prescription d'un viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle commis sur un mineur est interrompu par l'un des actes ou l'une des décisions mentionnés aux 1° à 4° intervenus dans une procédure dans laquelle est reprochée à la même personne une de ces mêmes infractions commises sur un autre mineur».**~~

**Livre Ier : De l'exercice de l'action publique et de l'instruction**

**Livre II : Des juridictions de jugement**

**Livre III : Des voies de recours extraordinaires**

**Livre IV : De quelques procédures particulières**

**Titre Ier : De la coopération avec la Cour pénale internationale**

**Titre II : Du faux**

**Titre III : De la manière de procéder en cas de disparition des pièces d'une procédure**

**Titre IV : De la manière dont sont reçues les dépositions des membres du Gouvernement et celles des représentants des puissances étrangères**

**Titre V : Des règlements de juges**

**Titre VI : Des renvois d'un tribunal à un autre**

**Titre VII : De la récusation**

**Titre VIII : Du jugement des infractions commises à l'audience des cours et tribunaux**

**Titre IX : Des infractions commises hors du territoire de la République**

**Titre XI : Des crimes et des délits en matière militaire et des crimes et délits contre les intérêts fondamentaux de la nation**

**Titre XII : Des demandes présentées en vue d'être relevé des interdictions, déchéances, incapacités ou mesures de publication**

**Titre XIII : De la procédure applicable aux infractions en matière économique et financière**

**Titre XIII bis : De la procédure applicable aux infractions en matière sanitaire**

**Titre XIV : Du recours en indemnité ouvert à certaines victimes de dommages résultant d'une infraction**

**Titre XV : De la poursuite, de l'instruction et du jugement des actes de terrorisme**

**Titre XVI : De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions en matière de trafic de stupéfiants**

**Titre XVII : De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions en matière de traite des êtres humains, de proxénétisme ou de recours à la prostitution des mineurs**

**Titre XVIII : De la poursuite, de l'instruction et du jugement des infractions commises par les personnes morales**

**Titre XIX : De la procédure applicable aux infractions de nature sexuelle et de la protection des mineurs victimes**

**Chapitre Ier : Dispositions générales**

**Chapitre II : Du fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes**

**Chapitre III : De la rétention de sûreté et de la surveillance de sûreté**

### **Rétention de sûreté**

#### **Article 706-53-16 (modifié)**

*« La décision de rétention de sûreté est valable pour une durée d'un an.*

*La rétention de sûreté peut être renouvelée **dans la limite de X ans**, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, selon les modalités prévues par l'article 706-53-15 et pour la même durée, dès lors que les conditions prévues par l'article 706-53-14 sont toujours remplies ».*

## Surveillance de sûreté

### Article 706-53-19 (modifié)

« Si la rétention de sûreté n'est pas prolongée ou s'il y est mis fin en application des articles 706-53-17 ou 706-53-18 et si la personne présente des risques de commettre les infractions mentionnées à l'article 706-53-13, la juridiction régionale de la rétention de sûreté peut, par la même décision et après débat contradictoire au cours duquel la personne est assistée par un avocat choisi ou commis d'office, placer celle-ci sous surveillance de sûreté pendant une durée d'un an. La surveillance de sûreté comprend des obligations identiques à celles prévues dans le cadre de la surveillance judiciaire mentionnée à l'article 723-30, en particulier une injonction de soins prévue par les articles L. 3711-1 à L. 3711-5 du code de la santé publique et le placement sous surveillance électronique mobile dans les conditions prévues par les articles 763-12 et 763-13 du présent code. Le placement sous surveillance de sûreté peut faire l'objet des recours prévus à l'article 706-53-15.

A l'issue de ce délai, la surveillance de sûreté peut être renouvelée dans les mêmes conditions et pour la même durée **dans la limite de X ans** .

Si la méconnaissance par la personne des obligations qui lui sont imposées fait apparaître que celle-ci présente à nouveau une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de commettre à nouveau l'une des infractions mentionnées à l'article 706-53-13, le président de la juridiction régionale peut ordonner en urgence son placement provisoire dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté. Ce placement doit être confirmé dans un délai maximal de trois mois par la juridiction régionale statuant conformément à l'article 706-53-15, après avis favorable de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté, à défaut de quoi il est mis fin d'office à la rétention. La décision de confirmation peut faire l'objet des recours prévus par l'article 706-53-15.

Le placement en centre socio-médico-judiciaire de sûreté prévu à l'alinéa précédent ne peut être ordonné qu'à la condition qu'un renforcement des obligations de la surveillance de sûreté apparaisse insuffisant pour prévenir la commission des infractions mentionnées à l'article 706-53-13.

Le président de la juridiction régionale de la rétention de sûreté avertit la personne placée sous surveillance de sûreté que le placement sous surveillance électronique mobile ne pourra être mis en œuvre sans son consentement mais que, à défaut ou si elle manque à ses obligations, le placement dans un centre socio-médico-judiciaire de sûreté pourra être ordonné dans les conditions prévues par les deux alinéas précédents.

Constitue une méconnaissance par la personne sous surveillance de sûreté des obligations qui lui sont imposées susceptible de justifier son placement en rétention de sûreté, dans les conditions prévues par le troisième alinéa, le fait pour celle-ci de refuser de commencer ou de poursuivre le traitement prescrit par le médecin traitant et qui lui a été proposé dans le cadre d'une injonction de soins. En cas de violation de ses obligations par la personne placée sous surveillance de sûreté, l'article 709-1-1 est applicable ; le juge de l'application des peines ou, en cas d'urgence et d'empêchement de celui-ci ou du magistrat du siège qui le remplace, le procureur de la République peut décerner mandat d'arrêt ou d'amener contre la personne, conformément à l'article 712-17, pour permettre le cas échéant sa présentation devant le président de la juridiction régionale de la rétention de sûreté ; en cas de décision de placement en rétention prise par ce président, la personne peut être retenue le temps strictement nécessaire à sa conduite dans le centre socio-médico-judiciaire de sûreté ».



**Livre V : Des procédures d'exécution**

**Titre Ier : De l'exécution des sentences pénales**

**Titre II : De la détention**

**Chapitre II : De l'exécution des peines privatives de liberté**

**Perpétuité réelle**

**Article 720-4 (modifié)**

*« Lorsque le condamné manifeste des gages sérieux de réadaptation sociale, le tribunal de l'application des peines peut, à titre exceptionnel et dans les conditions prévues par l'article 712-7, décider qu'il soit mis fin à la période de sûreté prévue par l'article 132-23 du code pénal ou que sa durée soit réduite.*

*Toutefois, lorsque la cour d'assises a décidé de porter la période de sûreté à trente ans en application des dispositions du dernier alinéa des articles 221-3 et 221-4 du code pénal, le tribunal de l'application des peines ne peut réduire la durée de la période de sûreté ou y mettre fin qu'après que le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à vingt ans.*

*Dans le cas où la cour d'assises a décidé qu'aucune des mesures énumérées à l'article 132-23 du code pénal ne pourrait être accordée au condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, le tribunal de l'application des peines ne peut accorder l'une de ces mesures que si le condamné a subi une incarcération d'une durée au moins égale à trente ans.*

*Les décisions prévues par l'alinéa précédent ne peuvent être rendues qu'après une expertise réalisée par un collège de trois experts médicaux inscrits sur la liste des experts agréés près la Cour de cassation qui se prononcent sur l'état de dangerosité du condamné.*

~~*Par dérogation aux dispositions du troisième alinéa de l'article 732, le tribunal de l'application des peines peut prononcer des mesures d'assistance et de contrôle sans limitation dans le temps ».*~~

---

**PROPOSITION DE CODIFICATION DANS LE CODE DU TRAVAIL**

**Partie législative**

**Première partie : Les relations individuelles de travail**

**Deuxième partie : Les relations collectives de travail**

**Troisième partie : Durée du travail, salaire, intéressement, participation et épargne salariale**

**Quatrième partie : Santé et sécurité au travail**

**Cinquième partie : L'emploi**

**Sixième partie : La formation professionnelle tout au long de la vie**

**Septième partie : Dispositions particulières à certaines professions et activités**

**Huitième partie : Contrôle de l'application de la législation du travail**

**Livre Ier : Inspection du travail**

**Livre II : Lutte contre le travail illégal**

**Titre Ier : Dispositions générales**

**Titre II : Travail dissimulé**

**Recours au travail dissimulé des mineurs**

**L. 8224-2 du Code du travail (modifié)**

*« Le fait de méconnaître les interdictions définies à l'article L. 8221-1 par l'emploi dissimulé d'un mineur soumis à l'obligation scolaire est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.*

*Le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, 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, des relations de nature sexuelle de la part d'une personne qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, lorsque cette personne est mineure est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.*

*Le fait de méconnaître les interdictions définies au même article L. 8221-1 en commettant les faits à l'égard de plusieurs personnes ou d'une personne dont la vulnérabilité ou l'état de dépendance sont apparents ou connus de l'auteur est puni d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 75 000 €.*

*Le fait de méconnaître les interdictions définies aux 1<sup>o</sup> et 3<sup>o</sup> du même article L. 8221-1 en commettant les faits en bande organisée est puni de dix ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ».*



# Tables des matières

<b>LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .....</b>	<b>V</b>
<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>IX</b>
<b>INTRODUCTION.....</b>	<b>1</b>
Section 1 – Des définitions des mœurs .....	3
§ 1 – Des mœurs et de leur consistance .....	3
A. L’acception familière .....	3
B. L’acception juridique .....	6
§ 2 – Des mœurs et de leurs homologues.....	9
Section 2 – De la démarche adoptée .....	14
§ 1 – Le constat d’un droit pénal divergent.....	14
A. L’exclusion d’une étude transdisciplinaire .....	15
B. L’intégration d’un droit pénal extensif.....	18
§ 2 – Le constat d’un hiatus intrigant.....	20
A. Des mœurs en apparence discrètes.....	21
B. Des mœurs à l’évidence influentes.....	23
<b>PARTIE 1 – LE DROIT PENAL ASSUJETTI AUX MŒURS.....</b>	<b>27</b>
<b>TITRE 1 – L’emprise tangible des mœurs sur le droit pénal.....</b>	<b>29</b>
<b>Chapitre 1 – Le constat d’un affranchissement historique .....</b>	<b>31</b>
Section 1 – L’émancipation affichée du Code pénal vis-a-vis des mœurs.....	31
§ 1 – La progressive disparition de l’essence des mœurs.....	32
A. La dépénalisation prévisible de l’adultère .....	33
1. Le fondement moral de l’infraction.....	33
2. La dépénalisation de l’infraction.....	38
B. La dépénalisation controversée de l’homosexualité.....	41
1. Le fondement moral de l’infraction.....	41
2. La dépénalisation de l’infraction.....	45

---

§ 2 – La subite disparition du terme <i>mœurs</i> .....	49
A. Une disparition littérale .....	50
1. La suppression de l’outrage aux bonnes mœurs .....	50
2. La suppression de l’attentat aux mœurs .....	53
B. Une disparition relative .....	55
1. Une évolution linguistique .....	55
2. Une évolution anthropocentrique .....	61
Section 2 – L’émancipation relative de la jurisprudence vis-a-vis des mœurs .....	63
§ 1 – Le rôle hégémonique du juge pénal .....	64
A. Le juge confronté aux mœurs .....	64
1. Une fonction interprétative .....	65
2. Une fonction créatrice .....	70
B. Le juge se délivrant des mœurs .....	76
1. Une impulsion européenne .....	76
2. Une émancipation mesurée .....	81
§ 2 – Le rôle divinatoire du juge pénal .....	83
A. Une quête inépuisable .....	83
1. La recherche de l’opinion publique .....	84
2. La recherche de l’expertise .....	88
B. Un phénomène d’« internormativité » .....	92
<b>Chapitre 2 – Le constat d’une influence contemporaine .....</b>	<b>97</b>
Section 1 – La manifeste influence des mœurs sur le régime des infractions .....	98
§ 1 – Un espace infini .....	100
A. L’extension de l’espace territorial .....	100
1. La protection de l’organe sexuel .....	100
2. La répression de l’exploitation sexuelle .....	103
B. L’extension de l’espace répressif .....	108
1. Des peines privatives de liberté extensibles .....	109
2. Des prisonniers particuliers .....	115
§ 2 – Un temps infini .....	118
A. Le temps de l’oubli .....	118
1. La prescription de l’action publique déformée .....	119
2. Le fichage éternel .....	124
B. Le temps du soin .....	129

1. L'injonction aux soins .....	129
2. L'obligation des soins .....	136
Section 2 – L'insidieuse influence des mœurs sur les incriminations.....	139
§ 1 – La révélation des infractions fondées sur les mœurs.....	140
A. L'absence matérielle de victime .....	140
1. Le constat d'une immoralité privée.....	141
2. La crainte d'une immoralité publique .....	146
B. L'absence de victime ressentie .....	155
1. Une ignorance du consentement a priori ordinaire .....	155
2. Une ignorance du consentement a fortiori singulière.....	158
§ 2 – Les tentatives de justification .....	164
A. Des fondements dissimulés .....	165
1. Le masque du mineur victime .....	165
2. Le masque de la dignité.....	169
B. Des fondements écrasants .....	173
1. Les effets de l'indisponibilité .....	173
2. Le choix de l'indisponibilité .....	178
<b>TITRE 2 – L'emprise perverse des mœurs sur le droit pénal.....</b>	<b>185</b>
<b>Chapitre 1 – Les causes disparates de l'influence .....</b>	<b>187</b>
Section 1 – la recherche de la normalité par la norme .....	189
§ 1 – La fonction expressive du droit pénal .....	189
A. L'intérêt d'un droit pénal expressif.....	190
1. Une fonction ontologique.....	191
2. Une volonté perfectionniste .....	194
B. L'exploitation du droit pénal expressif .....	198
1. L'expression d'une non-conformité sexuelle.....	198
2. L'expression d'une non-conformité originelle.....	201
§ 2 – La fonction préventive du droit pénal .....	206
A. L'opportunité d'un droit pénal préventif.....	207
1. Une fonction étirée .....	207
2. Une volonté d'ostraciser.....	210
B. L'exploitation d'un droit pénal préventif.....	212

---

1. La prévention d'une dangerosité a priori .....	212
2. La prévention d'une dangerosité a posteriori .....	214
Section 2 – La réponse de la norme a la normalité .....	217
§ 1 – Le déploiement de la fonction déclarative .....	217
A. Une réponse aux honnêtes gens .....	218
1. Une justice de l'émotion .....	218
2. Une justice de l'affichage.....	223
B. Une réponse aux victimes .....	226
1. Une reconnaissance des victimes .....	226
2. Un droit pénal thérapeutique .....	231
§ 2 – L'échec de la fonction déclarative .....	233
A. Des attentes insatiables.....	234
B. Une normalité inexistante.....	236
<b>Chapitre 2 – Les effets toxiques de l'influence .....</b>	<b>241</b>
Section 1 – Les risques pour la loi pénale .....	242
§ 1 – La légitimité menacée de la loi pénale .....	243
A. Une malencontreuse judiciarisation de l'intime.....	243
1. Les libertés sacrifiées .....	243
2. Une efficacité limitée .....	249
B. Un recul inquiétant de la punition classique.....	252
1. L'insuffisance de l'arme punitive.....	252
2. L'inadaptation de l'arme médicale .....	254
§ 2 – La construction imparfaite de la loi pénale .....	262
A. Un maquis d'infractions.....	262
1. Une prolifération dangereuse des incriminations.....	263
2. Une application délicate des incriminations.....	268
B. Un régime en jachère .....	274
1. Une prolifération déraisonnable des dispositifs .....	275
2. Une application impossible des dispositifs .....	280
Section 2 – Les risques pour les justiciables .....	285
§ 1 – L'invariable déshumanisation des auteurs d'infractions sexuelles .....	286
A. Le rejet de la dignité individuelle.....	286
1. De la chasse aux sorcières au droit pénal de l'ennemi.....	286
2. De l'animalisation à la neutralisation.....	290

B. Un statut immuable.....	292
§ 2 – La place chancelante des victimes d’infractions sexuelles .....	294
A. L’inconfort du système pénal pour les victimes d’infractions sexuelles <i>stricto sensu</i> .....	295
B. L’inconfort du statut de victime pour les protagonistes d’infractions sexuelles <i>lato sensu</i> .....	298

**PARTIE 2 – LE DROIT PENAL LIBERE DES MŒURS ..... 305**

**TITRE 1 – Les procédés d’amoralisation ..... 307**

**Chapitre 1 – La rationalisation des incriminations sexuelles..... 309**

Section 1 – l’exploitation du principe de nécessité ..... 310

§ 1 – La détermination du principe de nécessité ..... 311

A. De nouveaux critères à définir ..... 311

    1. La déclinaison de différents critères..... 311

    2. L’abandon d’un indubitable mythe ..... 315

B. Un renouveau des contrôles possibles..... 316

    1. Repenser les contrôles internes ..... 317

    2. S’inspirer des contrôles externes..... 319

§ 2 – L’application du principe de nécessité ..... 321

A. Une application générale ..... 321

B. Une application singulière..... 338

Section 2 – L’exploitation du consentement permissif ..... 341

§ 1 – La détermination du consentement permissif..... 342

A. Une conception dépassée ..... 343

    1. La distinction surannée des valeurs sociales protégées..... 343

    2. La remise en cause du double consentement permissif..... 346

B. Une conception renouvelée ..... 349

    1. Une conception axiologique à écarter ..... 350

    2. Un consentement à étirer..... 353

§ 2 – L’application du consentement permissif ..... 356

A. La matérialisation du consentement permissif ..... 357

    1. La prostitution ajustée ..... 357



---

2. L'atteinte sexuelle supprimée.....	362
B. L'appréciation du consentement .....	364
1. Les conditions d'efficacité .....	364
2. Les conditions de preuve.....	374
<b>Chapitre 2 – La rationalisation du régime des infractions sexuelles</b> .....	<b>379</b>
Section 1 – La rationalisation du temps .....	380
§ 1 – Les fondements de la prescription de l'action publique repensés .....	381
A. Des fondements surannés .....	381
1. La prescription et l'oubli .....	382
2. La prescription et la sanction .....	384
3. La prescription et la preuve .....	385
B. Des fondements renouvelés.....	388
1. Le respect de la nécessité de la peine .....	388
2. Le respect d'un certain délai raisonnable .....	391
§ 2 – Le régime de la prescription de l'action publique révisé .....	394
A. Un régime équilibré.....	395
B. Un régime amendé .....	397
1. Un régime raisonnable .....	398
2. Un régime idéal .....	404
Section 2 – La rationalisation du soin .....	408
§ 1 – Les fondements des mesures de sûreté repensés .....	409
A. L'amélioration hasardeuse du concept de dangerosité.....	409
1. Le rejet des méthodes actuelles .....	410
2. Le rejet de palliatifs parcellaires .....	416
B. La suppression bénéfique de l'expertise de la dangerosité .....	419
§ 2 – Le régime des mesures de sûreté révisé .....	422
A. Le refus de suppression .....	422
1. Une idée profitable .....	423
2. Une proximité exploitable .....	426
B. La volonté de fusion .....	430
1. Réduire les disparités .....	431
2. Améliorer l'éventualité .....	437

<b>TITRE 2 – Les conséquences du processus d’amoralisation</b> .....	447
<b>Chapitre 1 – La reconsidération des protagonistes</b> .....	449
Section 1 – Les auteurs d’infractions sexuelles, une parole à exploiter.....	450
§ 1 – La parole, complément de la réponse pénale .....	451
A. Prévenir les maux par les mots .....	451
1. L’intérêt de libérer la parole .....	452
2. Les outils pour libérer la parole.....	454
B. Accueillir les maux et les mots .....	457
§2 – La protection de la parole, intégrée dans la réponse pénale .....	460
A. Le cadre de la parole .....	461
1. En milieu fermé, une parole fluidifiée.....	461
2. En milieu ouvert, une pénurie d’interlocuteurs .....	464
B. La nature de la parole .....	468
1. La conservation de la parole opprimée .....	468
2. La promotion de la parole restaurative.....	471
Section 2 – Les victimes d’infractions sexuelles, une parole à ménager .....	476
§1 – <i>Ante exsecutio</i> .....	477
A. La parole des victimes majeures .....	478
1. Une parole à délier .....	478
2. Un silence à respecter.....	479
B. La parole des mineurs victimes .....	481
1. Une parole à éveiller .....	482
2. Un silence à dépasser .....	486
3. Une parole à accueillir.....	493
§2 – <i>Post exsecutio</i> .....	497
A. Une prise en charge médicale et psychologique .....	497
B. Une prise en charge économique .....	499
<b>Chapitre 2 – Les frontières de la démonstration</b> .....	503
Section 1 – Vers un usage circonscrit du droit pénal .....	505
§ 1 – La protection des mœurs dissidentes.....	506
A. L’objet de la protection .....	506
B. Les applications de la protection .....	510
1. La protection actuelle .....	510
2. Une protection extensible.....	514

---

§ 2 – L’ignorance des mœurs entendues largement .....	519
A. Les finalités de l’ignorance .....	519
B. Les applications de l’ignorance .....	521
1. La sexualité, domaine privilégié .....	522
2. La sexualité, domaine extensible .....	524
Section 2 – Vers une éthique minimale.....	532
§ 1 – L’étude de la théorie.....	533
A. Appréhension de la notion.....	533
1. Effleurement de la notion d’éthique.....	533
2. Approfondissement de l’éthique minimale .....	535
B. Manifestation des critères pratiques .....	538
§ 2 – Les conséquences de la théorie .....	541
A. Le constat d’un vide .....	541
B. La condamnation à la liberté .....	543
<b>CONCLUSION GENERALE .....</b>	<b>551</b>
<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>557</b>
<b>INDEX DE JURISPRUDENCE.....</b>	<b>599</b>
<b>INDEX ALPHABETIQUE.....</b>	<b>617</b>
<b>ANNEXES.....</b>	<b>627</b>