

DROIT PÉNAL

L'absence du consentement dans la définition des agressions sexuelles

GPL469j6

Sous la direction de
Emmanuel DREYER
Professeur à l'école de
droit de la Sorbonne
(Paris 1), directeur
du M2 Droit pénal
fondamental

Le débat actuel en faveur de l'inscription de l'absence de consentement de la victime dans l'incrimination de viol semble être un faux débat. D'évidence, un viol ne se conçoit qu'en l'absence de consentement de la victime puisqu'il suppose l'emploi de la violence, contrainte, menace ou surprise, ce qui permet d'établir que l'acte a été imposé et que son auteur en avait nécessairement conscience. La pratique judiciaire tend à démontrer que ces quatre moyens d'agresser sexuellement autrui suffisent à embrasser

toutes les hypothèses de non-consentement, même si c'est au prix d'appréciations souvent délicates (v. la contribution de C. Fonteix). Cette observation ne saurait toutefois justifier l'immobilisme en matière de réforme. Il existe sans doute des cas où exiger la preuve d'une contrainte ou d'une surprise paraît vain. Le législateur en a déjà pris acte dans les rapports sexuels entre un majeur et un mineur, dans lesquels l'agression peut être présumée (v. la contribution de C. Ballot-Squirawski). Mais on doit se demander si la même solution ne mérite pas d'être étendue à d'autres types de relations sexuelles structurellement déséquilibrées (v. la contribution d'E. Dreyer). Une telle réforme paraît préférable à celle qui consisterait à incriminer un viol par imprudence lorsque l'agent s'est insuffisamment renseigné sur l'absence d'opposition de la victime (v. la contribution d'A. Darsonville). Enfin, la question du défaut de consentement de la victime ne se pose pas ici différemment que dans d'autres infractions (v. la contribution de S. Detraz) : il n'apparaît pas plus utile de rappeler que la victime ne consent pas en matière de viol que dans la plupart des infractions contre les biens qui supposent, elles aussi, un acte imposé à autrui.

Le consentement : une notion (déjà) au cœur du traitement judiciaire des agressions sexuelles

GPL469r4

L'essentiel

Le consentement de la victime, absent de la lettre des textes d'incrimination en matière d'agressions sexuelles, n'en est pas moins omniprésent lorsqu'il s'agit, pour les juges, d'entrer ou non en voie de condamnation de ce chef. C'est bien pour caractériser sa négation que les violences, les menaces, la contrainte ou la surprise doivent être rapportées. La conscience, par l'auteur d'agressions sexuelles, de l'absence de consentement de la victime est tout aussi indispensable, et ne doit pas être tabou. Elle constitue un moyen de défense qui, dans certains cas, doit pouvoir être légitimement invoqué par la personne poursuivie pour agression sexuelle ou pour viol, dès lors que l'intentionnalité de ces infractions fait de cette conscience une condition indispensable à la caractérisation de tous leurs éléments constitutifs.



Étude par
Cléo FONTEIX
Avocat au barreau de
Paris, cabinet Haik
& Associés

Bien que le régime des agressions sexuelles ne cesse de s'affiner, en dernier lieu avec la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, qui a posé qu'une pénétration sexuelle entre d'une part un majeur et d'autre part un mineur de moins de 15 ans constitue par principe un

viol, le socle de la répression de droit commun figure toujours à l'article 222-22 du Code pénal. Ce dernier dispose, en son alinéa 1^{er}, que « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise », le viol étant défini selon les mêmes modalités, à l'article 222-23, alinéa 1^{er}, du même code, comme un acte de pénétration sexuelle ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur celle de l'auteur.

Il existe une éminente actualité sociétale – dont le procès des viols dit *de Mazan* constitue une illustration qu'on aurait pu croire relever du cas d'école – se traduisant par des réflexions normatives, internes et européennes,

concernant l'opportunité, voire la nécessité d'introduire la notion de « consentement » de la victime, terme inexistant en l'état actuel de l'arsenal législatif français – au contraire d'autres législations qui exigent son expression sous des formes diverses. L'assemblée générale du Conseil national des barreaux a appelé, par une résolution du 15 mars 2024 ⁽¹⁾, au maintien de la définition actuelle du viol, inquiète d'un éventuel renversement de la charge de la preuve et de la disparition de l'élément intentionnel de l'infraction que pourrait induire cette réécriture.

Cependant, est-ce parce que le terme « consentement » ne figure pas *expressis verbis* dans le Code pénal qu'il est absent du processus répressif en droit français ? La réponse nous paraît assurément négative dans la mesure où le sens et la portée de la loi placent le consentement de la victime au cœur du traitement judiciaire des agressions sexuelles.

L'examen de la jurisprudence des juges du fond comme de la haute juridiction permet de constater son omniprésence, en premier lieu parce qu'œuvrer sexuellement par violence, contrainte, menace ou surprise, c'est bien sûr outrepasser le consentement d'autrui qui est implicitement mais nécessairement constitutif, en l'état du droit positif, des infractions d'agression sexuelle et de viol ⁽²⁾. En ce sens, ces modalités de commission de l'infraction (violence, contrainte, menace ou surprise) sont parfois qualifiées d'« adminicules » ⁽³⁾. Il incombe donc au juge de déterminer les conditions dans lesquelles l'acte sexuel a été imposé à la victime, à travers la mise en œuvre d'un ou plusieurs de ces comportements. La Cour de cassation va même plus loin, ayant jugé récemment que « la violence, la contrainte, la menace ou la surprise, éléments constitutifs de l'infraction poursuivie, caractérisent le défaut de consentement de la victime » ⁽⁴⁾.

En second lieu, la notion de consentement est omniprésente en ce qu'elle apparaît, cette fois expressément et de manière récurrente, au cours des débats à tous les stades de la procédure pénale, lorsque l'existence d'un rapport de nature sexuelle n'est pas discutée mais que l'absence de consentement est revendiquée par la victime, que son existence est au contraire opposée comme moyen de défense par la personne poursuivie, ou encore que les juges s'en emparent d'eux-mêmes, faisant fi du consentement exprimé *a posteriori* par la victime ⁽⁵⁾.

“ *Le consentement, son expression et son recueil sont des notions incontestablement présentes et mobilisées de facto par le juge pénal* ”

Le consentement, son expression et son recueil sont des notions incontestablement présentes et mobilisées de facto par le juge pénal. Parce qu'il est juridiquement pertinent en l'état du droit positif, en plus d'être omniprésent dans le langage courant et militant, le consentement, son expression et son recueil constituent des notions incontestablement présentes et mobilisées *de facto* par le juge pénal dans son office. Une approche des agressions sexuelles à l'aune de cette notion absente du verbe de l'élément légal permet d'ailleurs une appréhension transversale des autres éléments, matériel et moral. C'est en ce sens que l'on abordera le traitement du consentement de la victime (I) puis celui de la perception de ce consentement par l'auteur de l'infraction (II).

I. LE TRAITEMENT DU CONSENTEMENT

L'usage de violence, menace, contrainte ou surprise par l'auteur a pour objet et pour effet d'annihiler le consentement de la victime au rapport sexuel qui devient imposé (A), de sorte que la notion est centrale dans la définition comme dans la caractérisation des agressions sexuelles. Dans des affaires où la question du consentement de la victime à l'acte sexuel apparaît particulièrement délicate à trancher, émerge, de fait, la question du recueil du consentement (B).

A. Le ravissement du consentement comme revers de l'usage de violences, menaces, contrainte ou surprise

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 21 avril 2021 susvisée, figure dans le Code pénal une incrimination de viol reposant sur des données objectives et étrangères à toute notion de « consentement », ce qui souligne en creux la place prégnante qui est la sienne au sein du régime de droit commun. À la suite d'une question prioritaire de constitutionnalité transmise par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le Conseil constitutionnel s'est prononcé sur la constitutionnalité de l'article 222-23-1 du Code pénal ⁽⁶⁾, aux termes duquel « 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 ». Le requérant faisait précisément valoir qu'« en instituant une infraction de viol sur mineur de quinze ans punissable sans que soit rapportée la preuve que l'acte sexuel a été commis avec violence, contrainte, menace ou surprise, ces dispositions, qui ne font ainsi pas de l'absence de consentement du mineur un des éléments constitutifs de l'infraction, institueraient

(1) Compte rendu disponible sur https://lexo.so/15sI_j.

(2) *A contrario*, par exemple, le consentement de la victime en matière de traite des êtres humains ne permet pas d'écarter cette infraction (Cass. crim., 11 mai 2023, n° 22-85427).

(3) Défini comme un « élément (on dit aussi commencement) de preuve qui, rendant vraisemblable le fait à prouver sans en constituer une preuve parfaite, est parfois exigé par la loi, à titre préalable, pour rendre admissibles d'autres modes de preuve imparfaits » (G. Cornu et Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., 2022, PUF). V. aussi <https://lexo.so/JMz5Lc>.

(4) Cass. crim., 15 mai 2024, n° 23-85034.

(5) Cass. crim., 15 mai 2024, n° 23-83233.

(6) Cons. const., QPC, 21 juill. 2023, n° 2023-1058.

une présomption irréfragable de culpabilité contraire au principe de la présomption d'innocence et aux droits de la défense » (cons. 3). Pour valider les dispositions de l'article 222-23-1, le Conseil constitutionnel a considéré que, « d'une part, cette incrimination, dont la caractérisation n'exige pas que ces actes soient commis avec violence, contrainte, menace ou surprise, ne repose pas sur une présomption d'absence de consentement de la victime. D'autre part, il appartient aux autorités de poursuite de rapporter la preuve de l'ensemble de ses éléments constitutifs » (cons. 16). Il est expliqué, dans le commentaire officiel de cette décision, que « le droit pénal des infractions sexuelles est organisé autour du critère de l'absence de consentement de la victime »⁽⁷⁾.

Il est vrai, et cela se constate aisément dans la jurisprudence, que les comportements de l'auteur présumé de l'infraction énumérés à l'article 222-22 du Code pénal sont analysés comme tendant vers une annihilation du consentement de la victime, leur existence devant, selon la Cour de cassation, être déduite des conditions dans lesquelles le fait a été commis et du comportement du prévenu⁽⁸⁾.

Pas exactement de la même manière selon la forme de l'agression en cause. Sans parler des scènes au cours desquelles le consentement peut être amené à évoluer, la notion de « contrainte » surtout (qui comprend la contrainte morale, à large spectre⁽⁹⁾), mais également celles de « menace » et de « surprise », semblent emporter *de facto* l'anéantissement du consentement de la victime.

Certes, la violence qui accompagne un rapport sexuel peut être acceptée et ne pas refléter l'idée d'un outrepassement du consentement par la force. Mais l'on n'imagine pas que le constat de violences physiques volontaires au cours d'un acte sexuel consenti dans son principe entraîne nécessairement des poursuites pour viol (alors qu'une application littérale du texte le permettrait), ce qui montre que le texte est, dans son esprit, entendu comme l'emploi de moyens destinés à passer outre le consentement.

B. L'évocation par les juges de la question du recueil du consentement

Bien que le droit français n'intègre pas, dans la constitution de l'infraction, le défaut de recueil préalable voire matérialisé du consentement, cette idée apparaît également en jurisprudence. Ainsi d'un arrêt récent, à paraître au *Bulletin*, dans lequel la chambre criminelle énonce que les juges ont établi que le prévenu, oncle de la victime, a agi par surprise en procédant à des atouchements sur la victime alors qu'elle était endormie, puis en poursuivant ses gestes qui ont généré chez elle un état de sidération, qu'il a lui-même constaté, ce qui établit qu'il a agi en toute connaissance du défaut de consentement de sa nièce⁽¹⁰⁾. Les juges du fond avaient retenu « qu'au regard de leur lien familial et de leur différence d'âge, il est étonnant que M. [D] ne se soit pas assuré du consentement de sa nièce, surtout en constatant qu'elle ne prononçait pas un mot ». Dans une affaire s'inscrivant dans un cadre médical,

l'absence de recueil du consentement de la patiente a également pu être utilisée pour caractériser la surprise⁽¹¹⁾.

Dans le sens contraire, les juges peuvent achever de se convaincre du défaut d'emploi d'un moyen de coercition en constatant que la victime « ne lui a pas exprimé son absence de consentement »⁽¹²⁾, ou « que le simple ressenti de la partie civile, qui par ailleurs a accepté les relations malgré les menaces sans les évoquer avant le second rapport et n'a pas manifesté d'une façon quelconque un refus des actes sexuels, la peur qu'elle aurait eu l'en empêchant, alors que pour autant elle se trouvait dans une situation peu ou prou similaire à la précédente sans connaître la personnalité du mis en examen, ne saurait suffire à caractériser une contrainte »⁽¹³⁾. Un juge d'instruction a pu prononcer un non-lieu à suivre du chef de viol en retenant que la victime présumée avait « suivi les deux mis en examen de son plein gré dans le parking souterrain, et d'autre part, ne réalisant manifestement pas bien l'aspect sordide du contexte, n'a surtout, du point de vue des mis en examen, pas manifesté son absence de consentement au moment des faits, ne les mettant donc pas en mesure de stopper les actes de pénétration sexuelle qu'ils avaient entrepris »⁽¹⁴⁾. Ces exemples montrent à notre sens que l'utilisation d'un mécanisme de recueil du consentement, plutôt perçu comme protecteur de la victime, pourrait – *in fine* et selon la manière dont il serait intégré dans la législation – avoir pour effet d'écarter plus facilement l'infraction.

II. LE TRAITEMENT DE LA PERCEPTION DU CONSENTEMENT

Tant l'agression sexuelle que le viol reposent sur une intentionnalité qui doit rester marquée (A), ce qui peut conduire, lorsque les circonstances s'y prêtent, à l'admission d'une méprise, par la personne poursuivie, sur le consentement de la victime à l'acte reproché (B).

A. Le rappel constant de la nécessité d'une intention

En vertu de l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du Code pénal, il n'y a point de crime sans intention de le commettre, et les délits sont, par principe, également intentionnels. Selon un magistrat, « dans notre système pénal tous les éléments constitutifs d'une infraction, tous les actes, tous les moyens mis en œuvre pour commettre le crime doivent être le fait de l'auteur et de lui seul. En d'autres termes, pour être un crime, un acte ne peut pas dépendre du comportement de la victime, ni de son appréciation. Ce principe est fondamental »⁽¹⁵⁾.

Bien souvent, l'élément moral chevauche l'élément matériel puisque la démonstration positive de l'emploi de la violence, la contrainte, la menace ou la surprise comprend en elle-même l'idée selon laquelle le prévenu ou l'accusé n'a pu qu'agir en connaissance de cause du défaut de consentement qu'il entendait ainsi outrepasser, et avec volonté. Ainsi d'un scénario élaboré par l'auteur pour tromper la victime sur son identité, et d'une cour d'appel

(7) <https://ext.so/8zvTO5>.

(8) Cass. crim., 15 mai 2024, n° 23-85034.

(9) Cass. crim., 17 mars 2021, n° 20-86318, P.

(10) Cass. crim., 11 sept. 2024, n° 23-86657, P.

(11) Cass. ass. plén., 14 févr. 2003, n° 96-80088 : Bull. ass. plén. n° 1, p. 1.

(12) Cass. crim., 10 sept. 2019, n° 19-84012.

(13) Cass. crim., 14 avr. 2021, n° 21-80591.

(14) TJ Nanterre, 1^{er} déc. 2021, n° 99999.

(15) F.-L. Coste, « Le viol ou comment l'auteur se dispense du consentement de la victime ? », Cah. just. 2021, p. 595 et s.

qui a « démontré que le prévenu, sachant que la partie civile ne souhaitait pas avoir une relation avec lui, avait sciemment utilisé, pour y parvenir, la méprise de [la victime] quant à l'identité de la personne avec laquelle elle souhaitait avoir une relation, en utilisant un stratagème ne lui permettant pas de l'identifier immédiatement, a caractérisé l'élément de surprise ayant accompagné l'atteinte sexuelle et l'élément moral de l'infraction poursuivie »⁽¹⁶⁾.

Le consentement, sans être nommé, est évidemment au cœur de la recherche de l'intention. La Cour de cassation approuve ainsi une cour d'appel d'avoir retenu une agression sexuelle par des motifs « qui établissent que le prévenu a eu conscience du refus de consentement de la victime », et a ainsi « caractérisé en tous ses éléments, notamment intentionnel, le délit dont elle a reconnu le prévenu coupable »⁽¹⁷⁾. S'agissant d'ébats libertins impliquant plusieurs protagonistes, la chambre criminelle exige d'une cour d'appel que pour justifier sa décision, elle s'explique « avant de conclure que le fait était dépourvu de caractère intentionnel, sur la déclaration du prévenu, reproduite dans l'arrêt, qui avait reconnu ne pas avoir fait part de ses intentions à [la victime] et l'avoir sodomisé[e] sans préservatif, par surprise, en raison de son excitation liée à la prise de stimulants », ajoutant que « l'élément intentionnel de l'agression ne pouvait être écarté en considération d'un fait postérieur à celui visé par la poursuite »⁽¹⁸⁾. Ici, et en raison du contexte, la victime présumée aurait dû être « prévenue », ce qui aurait pu l'amener à exprimer un refus.

S'il est bien évident que, comme pour l'appréciation de tout autre crime ou délit, l'intention peut se déduire de la matérialité, la présomption d'innocence implique l'instauration possible d'un débat sur la croyance raisonnable par l'auteur de ce que la victime était consentante⁽¹⁹⁾.

B. L'admission de la méprise de l'auteur sur le consentement de la victime

Parce que l'intention de l'auteur est exigée, le défaut de perception de l'absence de consentement de la victime peut et doit pouvoir être soutenu au regard des circonstances concrètes de l'affaire, y compris en cette matière, et sans que la perception de la victime prévale sur celle de l'auteur – dont la responsabilité pénale est en jeu.

Exceptionnel est le curieux cas d'école de l'erreur du mis en examen pensant rejoindre sa petite amie dans une chambre sombre et s'engageant dans un rapport sexuel avec une femme qui croit elle-même avoir affaire à son propre petit ami⁽²⁰⁾. Mais au-delà de telles circonstances, la chambre criminelle avait, il y a certes fort longtemps, validé la position d'une chambre d'accusation ayant écarté l'absence de charges suffisantes dès lors qu'« en raison de son caractère fruste, [le mis en cause] a pu considérer l'attitude de la plaignante comme une invitation à un rapport sexuel et que les légères traces découvertes sur le corps de celle-ci peuvent s'expliquer autrement que par l'emploi de la violence »⁽²¹⁾. Également avait-elle conforté, de manière d'ailleurs discutable, une décision ayant retenu que compte tenu de son degré d'alcoolisation, le mis en cause avait « pu légitimement ne pas percevoir que [la victime alléguée] n'était pas d'accord », en ajoutant (heureusement) au constat d'un état d'imprégnation alcoolique le fait que cette dernière « ne se débattait pas et que la scène a eu lieu devant plusieurs personnes »⁽²²⁾.

Sont retenues comme des éléments attestant d'une méprise sur le consentement la minorité de l'auteur (17 ans et demi) conjuguée à l'attitude en apparence sereine d'une jeune fille âgée de 11 ans durant un rapport sexuel se déroulant sous une tente proche de celle de son père, avec l'intervention d'un ami rassuré par cette dernière disant n'y avoir lieu à inquiétude, en conséquence de quoi le mis en cause « a manifestement pu se méprendre sur les intentions de [la jeune fille] et penser que cette dernière était consentante »⁽²³⁾. De tels faits entreraient désormais dans le champ de l'article 222-23-1 du Code pénal sans aucune discussion possible, tant sur la coercition matérielle que sur l'intention.

Mais en dehors de cette exception désormais établie et constitutionnellement validée, aucune poursuite ne saurait être maintenue lorsqu'il « existe un doute important quant à la perception de l'absence de consentement »⁽²⁴⁾, le doute devant absolument – y compris en matière d'agressions sexuelles – profiter à l'accusé.

(16) Cass. crim., 4 sept. 2019, n° 18-85919.

(17) Cass. crim., 12 déc. 2018, n° 18-81081.

(18) Cass. crim., 15 mai 2024, n° 23-85034.

(19) J.-C. Saint-Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2024, étude 6, p. 17 à 21.

(20) Cass. crim., 29 mai 2024, n° 23-84158.

(21) Cass. crim., 20 oct. 1999, n° 98-88079 : le mis en examen s'était vu remettre par sa partenaire sa culotte, et avait pu considérer que ce geste était « une invitation non déguisée à une relation sexuelle », de sorte que « s'expliquait ainsi la prise de possession des clés du véhicule de la jeune femme afin de ne pas la voir abandonner cette invitation ou changer de choix de partenaire ».

(22) Cass. crim., 28 sept. 2011, n° 10-81627.

(23) Cass. crim., 28 sept. 2011, n° 10-81627.

(24) TJ Nanterre, 1^{er} déc. 2021, n° 99999.

DROIT PÉNAL

L'éviction du consentement des agressions sexuelles sur mineur

GPL469r2

L'essentiel

À l'heure où une réécriture du viol autour de l'absence de consentement est envisagée, il est essentiel de revenir sur le fondement des agressions sexuelles sur mineur telles qu'issues dernièrement de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021. Reposent-elles sur une présomption de non-consentement ? L'étude des travaux parlementaires de ce texte permet d'apporter une réponse négative à cette question. Le dispositif créé vise en effet à protéger la liberté sexuelle des mineurs, en rendant sans objet la question de leur consentement dans les relations structurellement inégalitaires. Pour ce faire, le législateur s'est donc affranchi aussi bien de la question du consentement que de celle de la contrainte.



Étude par
Claire BALLOT-SQUIRAWSKI
Maître de conférences
à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)

« Historique ». C'est ainsi que les députés n'ont eu de cesse de qualifier la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste⁽¹⁾. Et il est vrai que cette loi est porteuse d'un interdit essentiel : celui des relations sexuelles entre un jeune mineur et un adulte.

L'interdit résulte du dédoublement des infractions de viol et d'agressions sexuelles, qui sont désormais également constituées

en cas d'atteinte sexuelle (dont la nature varie selon qu'il s'agit ou non d'un viol) commise par un majeur à l'encontre d'un mineur de 15 ans, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins 5 ans⁽²⁾.

À cet interdit s'en ajoute un second, porteur lui aussi d'une ambition marquée : faire des cas d'inceste des infractions autonomes. Deux nouvelles infractions de viol et d'autres agressions sexuelles incestueuses ont donc été créées⁽³⁾. Elles sont caractérisées par l'atteinte sexuelle commise par un majeur à l'encontre d'un mineur de 18 ans (et non plus 15), lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne, mentionnée à l'article 222-22-3 du Code pénal, ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait. Pour les agressions sexuelles « violentes », la surqualification d'inceste demeure, mais elle figure désormais au même article 222-22-3.

Ces nouvelles infractions se veulent particulièrement expressives. Il s'agissait de nommer les choses. D'ailleurs, la proposition de loi visait initialement à créer une infraction autonome de crime sexuel sur mineur. Cette infraction aurait relevé des dispositions relatives à la mise en péril des mineurs, et aurait permis de contourner les difficultés

inhérentes à la qualification des agressions sexuelles⁽⁴⁾. Toutefois, afin de répondre aux demandes des associations de victimes, le législateur a rapidement choisi de faire des nouvelles infractions des agressions sexuelles⁽⁵⁾.

Si la loi se veut historique, l'interdit qu'elle porte n'est toutefois pas nouveau. En effet, malgré l'absence d'infraction spécifique, on trouve déjà dès la fin du XVIII^e siècle, chez Muyart de Vouglans, l'explication selon laquelle, pour les « viols qui se commettent envers des filles impubères », « l'âge seul peut suffire à en établir la preuve »⁽⁶⁾. Pour autant, ni le Code pénal de 1791, ni celui de 1810 ne contenaient de dispositions relatives aux infractions sexuelles sur mineurs. Surtout, le Code de 1810 ne punissait que le viol et l'attentat à la pudeur commis ou tentés avec violence⁽⁷⁾, ce qui empêchait toute répression de faits commis à l'encontre d'un mineur n'ayant opposé aucune résistance ou dont l'ignorance aurait été exploitée⁽⁸⁾. Il fallut attendre 1832 pour qu'une loi comble cette lacune en incriminant tout attentat à la pudeur « sans violence » sur mineur de 11 ans⁽⁹⁾. En revanche, la loi ne distinguait pas selon la nature de l'attentat à la pudeur, de sorte que la peine était identique qu'il y ait eu « défloration de l'enfant » ou non⁽¹⁰⁾. En 1863, le seuil d'âge fut relevé à 13 ans (puis à 15 ans en 1945)⁽¹¹⁾, et la loi incrimina l'attentat à la pudeur commis sur un mineur non émancipé par tout ascendant.

Lors de la réforme du Code pénal, les incriminations autonomes d'atteintes sexuelles non violentes sur mineur furent maintenues, mais dans une section consacrée à la mise en péril des mineurs. Comme par le passé, ce choix avait pour conséquence de priver les mineurs de la qualification criminelle de viol en l'absence de démonstration d'un des adminicules propres à cette infraction.

(4) Sénat, séance, 12 janv. 2021, compte rendu intégral.

(5) Sénat, séance, 12 janv. 2021, compte rendu intégral. V. également AN, rapp. n° 3939, 3 mars 2021, p. 68.

(6) M. Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780, Merigot-Crapart-Benoit Morin, p. 242.

(7) C. pén. anc., art. 331.

(8) A. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, 3^e éd., t. 4, Cosse, p. 218.

(9) C. pén. anc., art. 331, al. 2.

(10) A. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du code pénal*, 3^e éd., t. 4, Cosse, p. 222.

(11) JCl. Pénal Code, art. 222-22 à 222-33-1, fasc. 20, n° 1, Agressions sexuelles, M.-L. Rassat.

(1) AN, 1^{re} séance, 15 mars 2021, compte rendu intégral.

(2) C. pén., art. 222-23-1 – C. pén., art. 222-29-2.

(3) C. pén., art. 222-23-2 – C. pén., art. 222-29-3.

Quant à l'inceste, il est longtemps resté perçu comme une violation des prohibitions à mariage ⁽¹²⁾. Ce n'est qu'en 2011 qu'il fut intégré au Code pénal afin de mieux appréhender le contexte familial de certaines agressions sexuelles. Toutefois, il ne s'agissait alors que d'une « sur-qualification », qui fit de surcroît rapidement l'objet d'une déclaration d'inconstitutionnalité ⁽¹³⁾, ce qui nécessita une nouvelle intervention du législateur en 2016.

L'apport fondamental de la loi du 21 avril 2021 n'est donc pas tant l'interdit posé que ses qualifications. Or, ces qualifications ont justement fait l'objet de critiques doctrinales. C'est qu'en créant des hypothèses d'agressions sexuelles non violentes, le législateur a modifié la physionomie de cette catégorie d'infractions ⁽¹⁴⁾. Quant à la valeur protégée par les nouvelles infractions, elle serait mal adaptée voire erronée. S'agissant d'enfants, la liberté sexuelle a-t-elle vraiment un sens ⁽¹⁵⁾ ? Enfin, le fondement des nouvelles incriminations reste incertain. Représentées sur une présomption de non-consentement du mineur aux relations sexuelles ou sur une présomption de contrainte exercée par l'adulte ?

À l'heure où une réécriture du viol autour de l'absence de consentement est envisagée, la réponse à ces questions revêt un intérêt tout particulier. Or, l'étude des travaux parlementaires permet justement d'y répondre. À bien y regarder, il n'est pas certain que le législateur se soit trompé de valeur protégée. Et pour cause, le dispositif vise bel et bien à protéger la liberté sexuelle des mineurs, en rendant sans objet la question du consentement dans les relations structurellement inégalitaires. Pour ce faire, le législateur s'est donc affranchi aussi bien de la question du consentement (I) que de celle de la contrainte (II).

I. UN AFFRANCHISSEMENT DU CONSENTEMENT

À l'évidence, ce n'est pas la capacité du jeune mineur à consentir, dans l'absolu, à un acte sexuel qui est en cause. S'il est dans l'impossibilité de consentir de manière libre et éclairée à un acte sexuel, c'est uniquement lorsque celui-ci implique un adulte ⁽¹⁶⁾. Comment comprendre, sinon, que la limite d'âge, initialement fixée à 13 ans, ait pu être élevée à 15 ans, et même à 18 ans en cas d'inceste ? Comment comprendre également que les relations entre mineurs ne soient pas concernées ⁽¹⁷⁾, et qu'une clause dite « *Roméo et Juliette* » ait été prévue ? La loi repose sur le postulat qu'un mineur peut consentir à une relation

sexuelle et qu'il est essentiel de préserver sa liberté ⁽¹⁸⁾. Sous ce prisme – et si l'on raisonne en termes de valeur protégée –, le choix de privilégier la qualification d'agression sexuelle à celle de crime sexuel prend un certain sens ⁽¹⁹⁾.

C'est donc bien le déséquilibre dans la relation qui justifie l'incrimination. Ce déséquilibre peut résulter soit de l'écart d'âge entre le jeune mineur et le majeur, soit de la nature des relations qui les unissent. Parce que la relation est alors fondamentalement inégalitaire, la recherche du consentement devient purement et simplement sans objet.

“ *En matière d'agressions sexuelles sur mineur, le législateur a fini par s'affranchir de toute recherche du consentement* ”

À cet égard, le législateur semble avoir voulu aller au-delà d'une présomption de non-consentement. Au moins dans sa première mouture (celle qui visait à instaurer un crime sexuel), la proposition de loi était conçue comme évacuant totalement la question du consentement ⁽²⁰⁾. Il s'agissait d'éviter que le mineur puisse se voir opposer son absence de résistance et que son propre comportement soit au cœur des débats ⁽²¹⁾. Le choix d'intégrer les nouvelles infractions dans la catégorie des agressions sexuelles a en partie obscurci la question. L'absence de référence aux adminicules visés dans les agressions sexuelles pouvait alors être perçue comme un renversement du paradigme sur lequel reposeraient justement ces infractions ⁽²²⁾. Au lieu de reposer sur une présomption de consentement de la personne – y compris mineure – à l'acte sexuel (présomption qui ne pourrait être renversée que par la démonstration d'un adminicule) ⁽²³⁾, les nouvelles infractions sexuelles sur mineurs reposaient, elles, sur une présomption de non-consentement ⁽²⁴⁾.

Pour autant, le souhait de s'affranchir totalement de toute recherche du consentement a perduré ⁽²⁵⁾. En atteste la présentation de la rapporteure à la commission des lois : « Le principe retenu sera clair : en dessous de

(12) Pour le droit romain, D. 28.2.39, § 1 et D. 28.2.68 – Pour l'ancien droit, M. Muryat de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780, Merigot-Crapart-Benoit Morin, p. 226.

(13) Cons. const., QPC, 16 sept. 2011, n° 2011-163.

(14) V. not. P. Conte, « Peut-on encore prendre le législateur au mot ? », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21 ; E. Dreyer, « Punir un viol sans avoir besoin d'établir qu'il y a eu agression n'est pas contraire à la Constitution », D. 2023, p. 1624.

(15) C. Hardoin-Le Goff, « La loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste », JCP G 2021, n° 19-20, act. 513.

(16) Sénat, séance, 12 janv. 2021, compte rendu intégral. V. également AN, rapp. n° 3939, 3 mars 2021, p. 68.

(17) AN, 2^e séance, 15 avr. 2021, compte rendu intégral, p. 4372. À cela s'ajoute que les deux mineurs seraient immanquablement coupables.

(18) Le garde des Sceaux a ainsi expliqué sans relâche sa volonté de ne pas se présenter en censeur des amours adolescentes, ce qui justifiait la prise en compte de l'écart d'âge. Not. AN, 2^e séance, 15 avr. 2021, compte rendu intégral, p. 4359.

(19) Encore faut-il préciser que ce choix a été essentiellement dicté par les associations de victimes et les victimes elles-mêmes : AN, 1^{re} séance, 15 mars 2021, compte rendu intégral, not. p. 2537.

(20) Sénat, séance, 12 janv. 2021, compte rendu intégral : la question du consentement n'a « tout simplement pas sa place dans le débat lorsque la victime est particulièrement jeune » ; « la proposition de loi que nous nous apprêtons à voter se contrefiche du consentement ».

(21) Sénat, séance, 12 janv. 2021, compte rendu intégral.

(22) J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21.

(23) C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement*, 2021, Ixe, spéc. p. 157.

(24) Les appels à saisir l'occasion pour réécrire la définition du viol autour du non-consentement s'inscrivent d'ailleurs dans cette compréhension des nouveaux textes. V., par ex., AN, 2^e séance, 15 avr. 2021, compte rendu intégral, p. 2526.

(25) D'autant que les sénateurs et députés craignaient une déclaration d'inconstitutionnalité. V. not. Sénat, séance, 12 janv. 2021, compte rendu intégral.

15 ans, c'est non. [...] On ne recherchera plus la notion de consentement »^[26]. En atteste également le choix de supprimer la référence à « l'absence de violence, menace, contrainte ou surprise » qui apparaissait dans une précédente version du texte. Une telle mention pouvait suggérer – à tort – que le mineur aurait consenti à la relation^[27]. Toujours dans cette perspective, l'exigence d'une différence d'âge d'au moins cinq ans est présentée comme un aménagement ou une exception au principe^[28]. En dessous de cet écart d'âge, ce n'est pas tant que le consentement à la relation puisse à nouveau être présumé, c'est plus fondamentalement que la relation n'apparaît plus significativement déséquilibrée, de sorte qu'elle redevient licite (sous réserve qu'une agression sexuelle « classique » soit caractérisée).

Une telle approche fait écho à la théorie développée par l'avocate féministe américaine Catharine Alice MacKinnon^[29]. Selon elle, les agressions sexuelles doivent être comprises comme des rapports d'inégalité et de domination^[30]. Dans la mesure où il ne peut jamais y avoir de consentement libre et éclairé dans un rapport de domination, le consentement n'y serait pas opératoire^[31]. De ce fait, la prise en considération des inégalités dans le droit des infractions sexuelles devrait conduire « à interdire catégoriquement tout rapport sexuel entre parties qui sont d'une manière ou d'une autre dans un rapport asymétrique »^[32]. Comme le souligne le professeur Saint Pau, la loi de 2021 s'inscrit dans cette dynamique : ces infractions « sont constituées sans référence à la notion de consentement », parce que le consentement « est inapte à légitimer ces actes sexuels en raison de l'inégalité des acteurs »^[33]. Cette inégalité tient tantôt à l'écart d'âge, tantôt à la relation d'autorité familiale. Elle permet d'imputer la relation sexuelle à celui qui est « structurellement en position de domination »^[34].

Est-ce alors à dire que dans ces relations de domination, la contrainte est présumée ? Ce n'est pas certain, tant il semble que le législateur a également entendu s'affranchir de la notion de « contrainte ».

II. UN AFFRANCHISSEMENT DE LA CONTRAINTE

Parce que les nouvelles infractions reposent sur une inégalité structurelle, il est tentant de voir dans le mécanisme retenu une présomption irréfragable de contrainte^[35]. Et ce d'autant que leur rattachement à la catégorie des infractions sexuelles visait à ne pas passer sous silence la violence du passage à l'acte^[36]. En outre, les infractions ne font pas état de l'absence de violence, menace, contrainte ou surprise. Il ne s'agit donc pas, comme cela a pu être le cas par le passé, d'atteintes sexuelles non violentes.

**“ La contrainte étant
consubstantielle à l'inégalité, celle-ci
prive de facto le consentement de toute
valeur opératoire ”**

Il reste néanmoins qu'à nouveau, les textes entendent s'affranchir purement et simplement d'un raisonnement en termes de contrainte morale, sans avoir recours à une présomption, même cachée^[37]. Certes, l'inégalité induit un rapport de domination (et donc implicitement de contrainte). Mais l'existence de cette inégalité suffit à rendre sans objet la question du consentement, et ce, sans qu'il soit nécessaire de raisonner en termes de contrainte. Celle-ci est pour ainsi dire consubstantielle à l'inégalité, laquelle prive de facto le consentement de toute valeur opératoire.

On comprend alors mieux l'articulation entre les nouveaux textes et la contrainte morale, telle qu'elle résulte de la loi de 2018^[38]. C'est qu'en effet, le législateur a entendu faire cohabiter les agressions sexuelles « violentes » et les agressions sexuelles sur mineur^[39]. Dans tous les cas où le rapport de domination n'est pas établi par la différence d'âge ou par un rapport d'ascendance ou d'autorité, la contrainte morale, telle que définie à l'article 222-22-1, alinéas 2 et 3, du Code pénal, retrouve sa raison d'être. Le mécanisme à l'œuvre est alors fondamentalement différent : la contrainte devient nécessaire pour pallier l'absence de déséquilibre structurel de la relation.

De même, l'on comprend mieux que l'agression sexuelle incestueuse sur mineur de 18 ans soit plus sévèrement encadrée que l'agression sexuelle « violente » incestueuse, ou même que l'atteinte sexuelle incestueuse. Dans le premier cas, l'existence d'une autorité de droit

(26) AN, 1^{re} séance, 15 mars 2021, compte rendu intégral, p. 2521 et 2522.

(27) AN, 1^{re} séance, 15 mars 2021, compte rendu intégral, p. 2536.

(28) AN, 1^{re} séance, 15 mars 2021, compte rendu intégral, p. 2536.

(29) Pour une présentation de cette théorie, v. J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21.

(30) C. A. MacKinnon, *Le viol redéfini*, 2023, Climats, not. p. 25 et s.

(31) J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21. Il ne peut l'être qu'entre personnes égales.

(32) J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21.

(33) J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21.

(34) AN, 2^e séance, 15 avr. 2021, compte rendu intégral, p. 4362. Lorsque la position de domination n'apparaît plus de manière évidente (comme dans une fratrie avec un faible écart d'âge), la solution ne s'impose plus. Il faut alors examiner les faits afin d'identifier un élément de violence ou un rapport d'autorité. C'est la raison pour laquelle l'inceste suppose la démonstration d'un tel rapport pour les membres de la famille autres que les ascendants (J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21).

(35) S. Detraz, « Pourquoi se plaindre d'un viol sans pénétration ni agression ? », GPL 28 nov. 2023, n° GPL456u7 ; Y. Mayaud, « L'arrêt “Julie”, une transition vers la loi du 21 avril 2021 », RSC 2021, p. 346.

(36) Sénat, séance, 12 janv. 2021, compte rendu intégral – AN, 1^{re} séance, 15 mars 2021, compte rendu intégral, p. 2521. Toutefois, il est essentiellement question de la violence ressentie par les victimes et de la gravité des séquelles qui en résulte, et non réellement de la violence de l'acte proprement dit.

(37) Il a été soigneusement évité de créer une présomption de contrainte, notamment pour éviter une censure du Conseil constitutionnel. S. Detraz, « Pourquoi se plaindre d'un viol sans pénétration ni agression ? », GPL 28 nov. 2023, n° GPL456u7.

(38) C. pén., art. 222-22-1, al. 2 et 3, issu de la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes.

(39) Au risque que les secondes ne soient perçues que comme des diminutifs des premières.

ou de fait est exigée pour les faits commis par des collatéraux ⁽⁴⁰⁾, alors que dans les autres cas, elle ne l'est pas ⁽⁴¹⁾. Cela s'explique par le fait que lorsque la relation implique un mineur proche de la majorité et un collatéral jeune majeur, la « bonne » identification de la partie faible dans le rapport de domination suppose d'apprécier la réalité des relations entre les protagonistes ⁽⁴²⁾. À l'inverse, au moins dans les agressions sexuelles dites « classiques », la question ne se pose pas en ces termes : la démonstration d'un des adminicules permet de distinguer sans aucun doute possible le « vrai » coupable et la « vraie » victime ⁽⁴³⁾.

Cette prise en compte du déséquilibre structurel est, à certains égards, intéressante. Peut-être pourrait-elle

servir de piste de réflexion dans les discussions actuelles autour de la redéfinition du viol ⁽⁴⁴⁾. Il reste que, pour ce qui est des infractions sexuelles sur mineur, on ne peut que regretter la complexité du dispositif auquel la loi de 2021 a abouti. Le texte se voulait expressif et symbolique, mais en plus d'englober sous un même nom des comportements variés qui peuvent être fondamentalement différents, il laisse cohabiter plusieurs niveaux de répression qui s'articulent autour d'une relation ambiguë de subsidiarité ⁽⁴⁵⁾. Or, la subsidiarité des agressions sexuelles sur mineur de 15 ans devrait conduire les juges à s'interroger d'abord sur l'existence d'une agression sexuelle violente – le comportement du mineur pouvant alors (à tort) revenir au cœur des débats – pour, à défaut, se rabattre sur les nouvelles qualifications ⁽⁴⁶⁾.

(40) C. pén., art. 222-29-3 – C. pén., art. 222-33-2.

(41) C. pén., art. 222-22-3 – C. pén., art. 227-27-2-1. Dans ces deux textes, l'autorité n'est exigée que pour les personnes visées au 3° de chaque article.

(42) L'exemple donné est celui d'une relation entre une sœur de 19 ans sous l'autorité de son frère de 17 ans. Dans cette hypothèse, l'âge suggère que c'est le frère qui est victime, quand bien même le rapport de domination serait en sa faveur. AN, 2^e séance, 15 avr. 2021, compte rendu intégral, p. 4360.

(43) Il reste, dans l'exemple précité, que la sœur pourrait être poursuivie pour atteinte sexuelle sur son frère ! À l'instar des relations avec une différence d'âge de moins de cinq ans, il semble que le législateur s'en soit remis à la bonne intelligence des magistrats du parquet... AN, 2^e séance, 15 avr. 2021, compte rendu intégral, p. 2562.

(44) En ce sens, J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », Dr. pén. 2023, n° 11, étude 21.

(45) Utilisation de l'expression « hors les cas ».

(46) Il n'est pas certain que cette subsidiarité ait été voulue. Au contraire, l'expression visait, semble-t-il, à expliquer qu'en dehors des hypothèses visées par les nouveaux textes (relations entre mineurs ou avec un faible écart d'âge), les anciennes qualifications trouvaient à s'appliquer. V. not. AN, 2^e séance, 15 avr. 2021, compte rendu intégral, p. 4372.

DROIT PÉNAL

Sexe et relations structurellement inégalitaires GPL469r5

L'essentiel

D'ores et déjà, il peut y avoir viol ou autres agressions sexuelles sans preuve de l'emploi de la violence, contrainte, menace ou surprise lorsque la relation sexuelle met aux prises un adulte et un mineur dans certaines circonstances qui accentuent le déséquilibre entre eux. Une même présomption d'agression peut-elle être étendue à d'autres circonstances dans lesquelles l'inégalité entre les partenaires rend vaine toute recherche d'un consentement ? Le débat mérite d'être ouvert.



Étude par
Emmanuel DREYER
Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1), directeur du M2 Droit pénal fondamental

Depuis près d'une cinquantaine d'années, la pensée féministe dénonce une société « patriarcale » qui s'accommoderait très bien de l'inefficacité de la répression en matière de viol et autres agressions sexuelles. Les juristes ont longtemps fait la sourde oreille à cette critique balayée d'un revers de plume au motif que les incriminations pénales ne sont pas genrées : elles concernent aussi bien les hommes que les femmes, de sorte qu'il ne saurait y avoir de rupture

d'égalité en la matière. Toutefois, la réflexion a été relancée et approfondie en marge des mouvements #MeToo et #BalanceTonPorc. Plus que jamais, le droit pénal a été accusé d'entretenir une véritable « culture du viol » ⁽¹⁾.

Données du problème. Pour saisir le reproche, il faut prendre un peu de hauteur à l'égard des définitions légales. Il faut se souvenir que, si l'agression sexuelle postule l'absence de consentement de la victime, les textes répressifs ne se contentent pas d'une telle affirmation : cette exigence de fond est envisagée à travers une exigence de forme. Les agressions sexuelles supposent l'emploi de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise (C. pén., art. 222-22, C. pén., art. 222-23 et C. pén., art. 222-27). En d'autres termes, le défaut de consentement de la victime n'est admis que s'il est possible d'établir que celle-ci a été forcée ou trompée. L'agresseur doit avoir employé l'un des quatre moyens

prévus par la loi, ce qui facilite la preuve de l'agression et de l'intention coupable (l'individu qui agit de la sorte ne peut prétendre avoir ignoré que sa victime n'était pas consentante). Or, une telle approche s'avère désormais insuffisante. Deux arguments essentiels commandent d'évoluer sur ce point. D'une part, le très faible nombre de condamnations pour viol et autres agressions sexuelles, par rapport au nombre de faits rapportés par des études sociologiques nombreuses et concordantes, tend à démontrer que la répression est inadéquate. D'autre part, l'importance du phénomène perturbe la vie des femmes au quotidien en leur imposant d'adopter des stratégies d'évitement pour tenter d'échapper à ce type d'agressions qui portent atteinte à leur liberté et affectent leur épanouissement personnel. Les agresseurs étant quasi exclusivement des hommes, et la plupart des victimes des femmes (auxquelles il convient d'ajouter quelques hommes, s'agissant de relations homosexuelles, et les transsexuels), une inégalité de genre peut ainsi être relevée, à laquelle le droit pénal, par son impuissance, apporte implicitement sa caution ⁽²⁾.

Le problème évoqué ici n'est pas celui, bien trop évident, de la joggeuse agressée au fond d'un bois. Le problème est celui de cette prétendue « zone grise » dans laquelle il est certain que la victime n'a pas consenti, tout en ne pouvant pas reprocher à l'agent d'avoir eu recours à la violence, menace, contrainte ou surprise. En effet, ces quatre adminicules ne semblent pas épuiser les hypothèses dans lesquelles le consentement fait défaut. Il en existe d'autres où l'agent se contente, en réalité, de profiter de la situation dans laquelle il se trouve pour imposer à autrui un acte sexuel. Il en va ainsi dans les rapports entre un employeur et sa salariée qui craint de perdre son emploi, comme dans les rapports entre un policier ou gendarme et une étrangère sans papier qui craint de faire l'objet d'une procédure d'éloignement (sans qu'il soit besoin de proférer une telle menace). Il en va de même dans les rapports entre un médecin et sa patiente, un travailleur social et une personne particulièrement vulnérable, un prêtre et sa paroissienne (sans qu'il soit besoin d'une tromperie particulière compte tenu de la confiance naturellement faite au sachant ou à l'aidant). Il en va de même encore dans les rapports entre un mari ou concubin et son épouse ou compagne (dès lors que, une fois la passion éteinte, les relations sexuelles se poursuivent par habitude, voire par

(1) Cette culture du viol serait déterminée par la présomption de consentement aux relations sexuelles admise par le Code pénal qui ne permet au juge d'intervenir qu'à partir du moment où la preuve d'une violence, contrainte, menace ou surprise peut être rapportée (v., dénonçant ce « droit d'accès » au corps des femmes qui serait reconnu aux hommes par le Code sous réserve d'abus, C. Le Maguere, *Les pièges du consentement*, 2021, iXe, p. 48). Toutefois, une telle analyse ne semble pas exacte (l'absence d'incrimination d'un comportement n'implique pas sa licéité ; elle exclut simplement le prononcé de peines). C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, longtemps, a prévalu une présomption de consentement aux relations sexuelles dans le mariage. La solution contraire s'appliquait hors mariage. Dans ces conditions, la formule « culture du viol » serait plus pertinemment utilisée pour dénoncer le message surexploité par la pornographie qui voudrait qu'une femme qui dit « non » dit en réalité « oui », de sorte qu'il n'y a pas lieu de tenir compte d'un refus qu'elle finira par regretter.

(2) V., pour une analyse philosophique, M. Garica, *La conversation des sexes*, 2023, Champs, p. 202.

peur de perdre une situation matérielle avantageuse et/ou d'être séparée de ses enfants). Il en va encore ainsi dans les relations entre le client d'une personne qui se prostitue et celle-ci (dès lors que l'argent versé ne permet pas l'émancipation de cette personne mais la maintient dans une situation triviale dont elle ne peut sortir). Dans ces différentes hypothèses, si l'on ne peut reprocher à l'auteur d'un acte sexuel d'avoir eu recours à la violence, contrainte, menace ou surprise, il ne saurait y avoir infraction. Il y a d'autant moins infraction que, dans ces différentes hypothèses, il n'y a pas nécessairement refus exprès de la part de la victime (car, symétriquement, faute d'agression, la résistance ne peut s'exprimer). Les circonstances sont telles que la victime se laisse faire ; elle adopte une attitude passive qui permet supplémenta-irement à l'agent de prétendre qu'il n'a pas eu conscience de lui imposer un acte sexuel. L'infraction fait alors défaut dans son élément matériel et dans son élément moral.

Peut-on se satisfaire d'un classement sans suite, d'un non-lieu ou d'un acquittement en de telles circonstances ?

Déni de réalité. Une façon très juridique d'écarter la difficulté consiste à rappeler le caractère subsidiaire du droit pénal. Ce droit n'a pas vocation à punir tous les comportements. Seuls les plus graves justifient le prononcé de peines. L'incrimination des agressions sexuelles serait donc justifiée en cas de recours à la violence, menace, contrainte ou surprise mais pas autrement. Les autres atteintes au consentement relèveraient du droit civil, selon une répartition des compétences traditionnelles entre ces deux droits. Il y aurait donc là un choix, et non un oubli, du législateur qui témoignerait de sa grande sagesse tant il peut être délicat de punir un défaut de consentement qui n'a pas été exprimé.

Mais un tel raisonnement est sans doute beaucoup trop abstrait. Il ne peut être tenu alors que le droit civil ne joue pas le rôle de complément qui devrait être le sien dans une telle hypothèse. Pire : au regard des traumatismes subis par les victimes qui ont cédé sans consentir et de l'épée de Damoclès qui pèse sur toutes les femmes susceptibles d'être placées un jour ou l'autre dans la même situation, on peut estimer que le recours au droit civil est insuffisant. Le droit pénal a sans doute, lui aussi, son mot à dire sur ces actes sexuels accomplis à l'occasion de relations structurellement déséquilibrées⁽³⁾. Il reste à déterminer comment il peut le faire.

Éléments de solution. En réalité, la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021⁽⁴⁾ apporte un premier élément de réponse en la matière. En effet, elle a expressément pris en compte un premier type de relations sexuelles déséquilibrées : celles qui peuvent être entretenues entre un mineur et un majeur. Elles sont désormais susceptibles d'être qualifiées « viols ou autres agressions sexuelles » suivant l'âge du

mineur, sa différence d'âge avec le majeur, la dimension incestueuse de l'acte ou encore le versement d'une rémunération (C. pén., art. 222-23-1, C. pén., art. 222-23-2, C. pén., art. 222-29-2 et C. pén., art. 222-29-3). Dans ces différentes hypothèses, l'agression sexuelle est présumée : elle est établie sans qu'il soit besoin de démontrer que l'adulte a eu recours à la violence, contrainte, menace ou surprise⁽⁵⁾. Néanmoins, une telle réforme s'avère imparfaite⁽⁶⁾. En effet, on ne peut la comprendre que si on admet un tabou, lequel non seulement n'a pas été exprimé mais semble en outre contredit par le maintien, à un autre endroit du Code pénal, de la catégorie des atteintes sexuelles (C. pén., art. 227-25 et s.) et du recours à la prostitution d'un mineur (C. pén., art. 225-12-1). Le tabou en question est qu'il ne saurait y avoir de relations sexuelles légitimes entre un majeur et un mineur dans ces différentes hypothèses. La relation est à ce point inégalitaire que, même si le mineur ne proteste pas, voire apparemment consent, son consentement ne peut avoir la moindre valeur car le mineur n'était en réalité pas en situation de refuser. C'est un choix de politique criminelle qui part du constat des perturbations psychiques occasionnées aux enfants (même grands adolescents) dans de telles circonstances, et qui consiste à dire que la question de leur consentement ne doit pas être posée car ils sont présumés ne jamais être en mesure de résister aux désirs des adultes. La conséquence de ce tabou aurait dû être l'abrogation des délits d'atteintes sexuelles et de recours à la prostitution d'un mineur qui tendent à prouver le contraire. Leur maintien brouille ainsi le message véhiculé par les incriminations nouvelles. Peut-être aurait-il aussi été préférable de qualifier autrement ces abus sexuels et de fulminer des sanctions moindres que celles qui sont applicables aux viols et autres agressions sexuelles aggravées par l'âge de la victime ou le lien d'autorité exercé sur elle, car l'acte sexuel n'a tout de même pas la même gravité lorsqu'il est accompli avec ou sans violence, contrainte, menace ou surprise. Mais, d'ores et déjà, l'idée est présente en législation et mériterait d'être reprise, approfondie, précisée.

Ne pourrait-on, demain, considérer également que la question du consentement est inopérante lorsque la relation entre les protagonistes est structurellement inégalitaire, compte tenu des rapports de pouvoir, de confiance ou de dépendance existant entre eux ? N'est-il pas temps d'énoncer de nouveaux tabous, d'admettre qu'il ne peut y avoir de relations sexuelles au travail (entre une salariée et son supérieur), en cabinet médical ou à l'hôpital (entre une patiente et un professionnel de santé), dans un contexte d'emprise conjugale (alors que le désir de la femme a disparu) ou d'exploitation économique (parce que la personne qui se prostitue accepte l'argent, mais pas

(3) Le principe de cette inégalité est reconnu au plus haut niveau : v., reconnaissant qu'il existe « des rapports de force historiquement inégaux entre hommes et femmes, lesquels ont abouti à la domination et à la discrimination exercées par les premiers et freiné la promotion des secondes », ONU, Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, résol. 20 déc. 1993, n° 48/104, préambule, § 6.

(4) L. n° 2021-478, 21 avr. 2021, visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.

(5) V., l'article qui précède de C. Ballot-Squirawski dans le présent numéro : « L'éviction du consentement des agressions sexuelles sur mineur », GPL 5 nov. 2024, n° GPL469r2.

(6) E. Dreyer, *Droit pénal spécial*, 2^e éd., 2023, LGDJ, p. 152, n° 233, EAN : 9782275102313.

l'acte qui en est la contrepartie ⁽⁷⁾, c'est-à-dire chaque fois que l'apparente acceptation tient en réalité à l'absence de toute possibilité de refus ?

“ La question du consentement est inopérante quand la relation entre les protagonistes est structurellement inégalitaire, compte tenu des rapports de pouvoir, de confiance ou de dépendance existant entre eux ”

Dans ces hypothèses de relations déséquilibrées, exiger de la partenaire qu'elle dise « non », qu'elle résiste, c'est faire reposer sur elle une partie de la responsabilité de ce déséquilibre en facilitant ainsi l'abus de la part de celui qui sait en profiter ⁽⁸⁾. C'est accroître l'injustice inhérente à ces différentes situations. Il nous semble que de telles questions méritent d'être posées et que nous avons tous, collectivement, à nous y intéresser, afin d'éviter que les solutions qui finiront par être dégagées ne soient par trop embarrassantes pour les hommes collectivement mis en cause ⁽⁹⁾. Au regard de l'intensité et du nombre de drames en question, il n'apparaît pas ahurissant de considérer qu'il y a, là aussi, des limites que les hommes doivent respecter indépendamment de l'attitude de leurs partenaires. Mais, là encore, il ne semble pas raisonnable d'assimiler ces abus sexuels à des viols ou autres agressions sexuelles alors qu'ils seraient caractérisés au regard de la seule situation dans laquelle se sont trouvées les victimes, sans qu'il soit nécessaire d'établir qu'il y a eu emploi de la violence, menace, manœuvre ou surprise. La qualification d'abus sexuel suffirait sans doute à

désigner ce type de comportements. De même, là aussi, il ne semble pas raisonnable de punir de la même façon tous ces comportements, ce qui signifie qu'il conviendrait de réfléchir à des pénalités moindres lorsque le défaut de consentement de la victime est déduit de l'infériorité de sa situation par rapport à l'auteur de l'acte ⁽¹⁰⁾. De surcroît, compte tenu de la difficulté qu'il y a à préciser ces rapports structurellement inégalitaires qui sont de nature à vicier la relation sexuelle ⁽¹¹⁾, il ne serait peut-être pas mauvais d'admettre qu'ici au moins la répression cède si la preuve d'un consentement valable est rapportée ⁽¹²⁾.

En toute hypothèse, il nous semble qu'une nouvelle intervention du législateur serait préférable à une intervention du juge qui, à travers la notion de « contrainte », dispose d'ores et déjà des moyens d'apporter une réponse à cette injustice ressentie par une bonne moitié de la population. Les relations structurellement inégalitaires sont en effet des relations où existe une contrainte latente. Pour les prendre en compte et exclure systématiquement le consentement des plaignantes, il suffirait, demain, de relever qu'à l'occasion de ces relations, elles se sont trouvées en situation de contrainte, même si cette contrainte n'a pas été exercée par l'agent ⁽¹³⁾. Dès lors que l'agent pouvait difficilement l'ignorer, il se verrait alors reprocher, de manière quasiment automatique, l'acte sexuel accompli sans le consentement d'autrui. Rien n'impose en effet que la contrainte soit le fait de l'agresseur. Il peut s'agir du fait d'un tiers (C. pén., art. 222-22-2), voire, d'ores et déjà, des circonstances (C. pén., art. 222-22-1, al. 2). Mais, précisément, une telle interprétation nous semble méconnaître ce qui doit rester de l'essence du viol et des autres agressions sexuelles : ceux-ci impliquent un acte positif par lequel l'agent force ou trompe autrui lors d'un acte sexuel.

(7) Le contrat n'exclurait pas le viol car ce contrat n'en est pas un : aucune obligation de faire ne peut être souscrite en la matière car le respect de la liberté sexuelle implique le droit de renoncer à tout moment. Il ne s'agit pas là d'un accord entre égaux, comme on l'admet abstraitement en théorie générale des obligations. Lier autrui par l'acceptation d'une somme d'argent en le privant de toute possibilité de désistement, c'est nécessairement forcer son consentement. Le droit civil ne reconnaît d'ailleurs pas la validité de ce type de contrat (C. civ., art. 6) et considère qu'il n'y a pas lieu à restitution (hypothèse dans laquelle l'adage *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* est censé s'appliquer). Évidemment, la proposition faite ici devrait conduire à l'abrogation de l'article 611-1 du Code pénal qui n'aurait plus à s'appliquer.

(8) Dans ce type de relations, le consentement n'apparaît pas comme une référence pertinente pour distinguer ce qui mérite ou non d'être puni. En effet, il serait synonyme de résignation, d'abdication, voire de capitulation, et non d'un accord libre et éclairé (C. A. MacKinnon, *Le viol redéfini*, 2023, Flammarion, Climats, p. 79).

(9) Au-delà d'un légitime souci de lutte contre les discriminations, ce sont aussi les engagements internationaux de la France qui imposent cette évolution. La proposition formulée ici pourrait être un moyen de satisfaire aux recommandations du Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) concernant l'application par la France de l'article 36 de la convention d'Istanbul (Rapport d'évaluation de référence, oct. 2019, p. 61-63, § 191 et s.).

(10) Nous ne souscrivons donc pas ici à la proposition d'ajouter à la violence, contrainte, menace ou surprise l'exploitation d'une situation d'inégalité (C. A. MacKinnon, *Le viol redéfini*, 2023, Flammarion, Climats, p. 200) ou d'emprise (J.-C. Saint-Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement. » : Dr. pén. 2024, étude 14, n° 23).

(11) Difficulté qui ne doit pas être exagérée car elle repose sur des éléments objectifs qui semblent plus faciles à apprécier que le caractère déterminant du recours à la contrainte ou à la surprise lorsqu'il s'agit d'établir que l'agent est passé outre le défaut de consentement de la victime.

(12) Certain(e)s considéreront sans doute qu'ouvrir une telle possibilité ruine la construction en la privant de son principal intérêt. Toutefois, pour se défendre, l'agent devra alors démontrer que non seulement les circonstances n'ont pas vicié la relation sexuelle (ce qui supposera sans doute d'établir qu'il n'est pas à l'origine de l'acte), mais aussi qu'il s'en est assuré (la charge de cette preuve lui incombant, il n'aura pas à ce titre le bénéfice du doute).

(13) Pour l'instant, les juridictions refusent de l'admettre, ce qui leur est reproché comme étant le résultat d'un raisonnement « sexiste » : C. Le Magueresse, *Les pièges du consentement*, 2021, iXe, p. 85.

DROIT PÉNAL

Le viol par négligence GPL469r1

Le modèle suédois peut-il inspirer le droit français ?

L'essentiel

La démonstration du défaut de consentement en matière de viol est l'objet d'une réflexion renouvelée en droit français, tant par le législateur que par la jurisprudence. Le droit suédois, qui a modifié sa législation en 2018, a intégré la notion de « viol par négligence » qui pourrait être une source d'inspiration pour le droit pénal français.



Étude par

Audrey DARSONVILLE
Professeur de droit pénal,
université Paris Nanterre,
membre du CDPC

À l'heure où ces lignes sont écrites, se déroule en France le procès dit « des viols de Mazan », du nom de la localité au sein de laquelle les faits jugés devant la cour criminelle d'Avignon se sont déroulés. Ce procès, qualifié d'historique ⁽¹⁾, interroge la société française, et non le seul cercle des juristes. Les faits suscitent l'effroi : un mari aurait placé son épouse sous soumission chimique pendant des années et proposé à des hommes, contactés par internet, de

venir à leur domicile pour la violer. La plaignante ayant décidé de renoncer à son droit au huis clos, le procès permet de révéler publiquement ce qui est l'ordinaire des juridictions pénales chargées de juger les viols et les agressions sexuelles. En effet, lorsque la matérialité de l'infraction est établie, le débat lors de l'audience est habituellement centré sur la question du défaut de consentement de la partie civile et, plus précisément, sur sa démonstration. Or, en matière de viol, le défaut de consentement de la victime ne peut être décorrélé de l'élément intentionnel puisque ce dernier suppose que l'auteur impose un acte sexuel à une personne (C. pén., art. 222-22, al. 2 : « 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 (...) »). Le terme « imposer » suppose de contraindre autrui, d'agir contre sa volonté. L'intention de commettre un viol repose donc sur la volonté de réaliser une pénétration sexuelle sur une victime en sachant que cette dernière n'y consent pas.

Les débats qui se déroulent devant la cour criminelle d'Avignon n'échappent pas à ces questionnements fréquents autour de l'élément intentionnel du viol. Comme le relate la presse présente au procès, dont le journaliste Henri Seckel, certains accusés plaident le « viol sans intention de le commettre » ⁽²⁾. Dans cette affaire, l'époux ayant filmé les actes sexuels accomplis par les accusés sur sa femme, il est impossible pour les prévenus de nier la matérialité de l'infraction, à savoir la pénétration sexuelle. « Tous contestent, en revanche, la moindre intention coupable. "Je reconnais le viol mais pas l'intention", ont dit plusieurs accusés ». Le journaliste poursuit : « À entendre cette première série d'accusés, il faudrait surtout songer à introduire un délit de "viol involontaire" dans le Code pénal, puisque c'est en substance ce qu'ils ont plaidé ces derniers jours » ⁽³⁾.

La notion de « viol involontaire » a donc émergé sur la scène médiatique à l'occasion de ce procès, alors qu'il s'agit d'une notion qui n'est pas inconnue des juristes pour avoir été consacrée en Suède. En effet, le Parlement suédois a adopté la loi modifiant la définition du viol le 23 mai 2018. Cette loi, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2018, transforme de façon substantielle la définition du viol. La rédaction de la nouvelle infraction de viol a été l'objet d'une réflexion collective regroupant divers corps professionnels (magistrats, policiers, etc.) qui ont travaillé pendant une période assez longue afin de remettre un rapport qui a lui-même été soumis à l'examen de différentes institutions judiciaires de Suède ⁽⁴⁾. Ce processus de création normative a favorisé l'acceptation de la réforme par les professionnels. La loi suédoise inscrit ainsi la nécessité de recueillir un consentement positif à tout acte sexuel et crée deux nouvelles infractions : le *negligent rape* et le *negligent sexual abuse*, que l'on peut traduire comme le « viol par négligence » et l'« abus sexuel par négligence ». L'évolution du droit pénal suédois semble avoir atteint ses

(1) S. Cordier et J. Lefilliâtre, « Le procès des viols de Mazan, un tournant historique ? », Le Monde, 27 sept. 2024 : « Au-delà du large écho médiatique que rencontre le procès de Dominique Pelicot et de cinquante autres accusés devant la cour criminelle d'Avignon, des questions émergent sur la signification sociale de cette affaire, dont les conséquences politiques et juridiques restent à écrire ».

(2) H. Seckel, « Au procès des viols de Mazan, les accusés plaident le "viol sans intention de le commettre" », Le Monde, 28 sept. 2024 : « Neuf des cinquante coaccusés de Dominique Pelicot ont été entendus. Tous déclinent la même défense, assurant qu'ils ont été "manipulés" et ne mesuraient pas que la victime était inconsciente sous l'effet des médicaments que lui faisait ingérer son mari en cachette ».

(3) H. Seckel, « Au procès des viols de Mazan, les accusés plaident le "viol sans intention de le commettre" », Le Monde, 28 sept. 2024.

(4) C. Le Magueresse, « De la centralité du consentement », Cah. just. 2021, p. 613 à 623.

objectifs ⁽⁵⁾, comme le soulignait en 2020 dans la presse la procureure Christina Voigt du parquet de Stockholm, qui exposait qu'elle faisait initialement partie des « dubitatifs » et avait désormais changé d'avis : « Dire qu'avoir une relation sexuelle avec une personne qui ne l'a pas souhaité est un viol me paraît une évidence. Je ne comprends pas que nous n'ayons pas adopté cette loi plus tôt » ⁽⁶⁾.

Ainsi, le droit suédois, envisagé à l'aune du procès dit *de Mazan*, amène à s'interroger sur la possibilité, et surtout sur la pertinence, de transposer cette notion de viol par négligence dans l'arsenal pénal français. Au regard des règles relatives à l'élément moral en droit national, une transposition littérale paraît impossible (I). Cependant, il faut dépasser l'approche littérale pour adopter une approche centrée sur la notion de consentement et ses contours. Une telle approche, inspirée par le dispositif suédois, trouve alors toute sa pertinence en droit français (II) ⁽⁷⁾.

I. L'IMPOSSIBLE TRANPOSITION LITTÉRALE DU VIOL PAR NÉGLIGENCE

Le viol est une infraction de nature criminelle qui suppose nécessairement la démonstration d'une intention, comme le souligne l'article 121-3 du Code pénal. L'intention est constituée par la volonté de commettre un acte de pénétration sexuelle et la conscience d'imposer cet acte à une victime qui n'y consent pas. Intention et défaut de consentement, deux piliers qui furent consacrés par la chambre criminelle, dès le 25 juin 1857, dans son célèbre arrêt *Debas*. En effet, dans cette espèce, la Cour énonçait que « le viol consiste dans le fait d'abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur » ⁽⁸⁾. Dans l'arrêt *Debas*, un individu s'était introduit dans le lit d'une femme endormie que son mari venait de laisser. L'épouse avait cru que l'auteur de la pénétration était son époux de retour. La Cour de cassation avait retenu la surprise comme moyen employé par l'auteur à partir duquel les juges déduisaient l'absence de consentement de l'épouse. Des évolutions sur l'appréhension du défaut de consentement

se sont développées récemment ⁽⁹⁾, et la dernière avancée intéressante est la reconnaissance, lors d'un arrêt de la chambre criminelle en date du 11 septembre 2024 ⁽¹⁰⁾, de la sidération de la victime. La Cour de cassation retient que cet état de sidération, constaté par le prévenu lui-même, démontrait que ce dernier avait « agi en toute connaissance du défaut de consentement » de la victime.

“ Transposer littéralement le concept de viol par négligence semble heurter l'ordonnancement pénal français qui qualifie de crime le viol ”

Toutefois, si les lignes bougent quant au défaut de consentement, l'exigence d'une intention coupable n'est pas contestée. L'introduction d'un « viol par négligence », pour reprendre la formule du droit pénal suédois, semble impossible à transcrire dans le droit français. En effet, la négligence, en vertu de l'article 121-3, alinéa 3, du Code pénal, est une faute non intentionnelle. La faute de négligence est une faute simple qui n'implique « aucune adhésion psychologique au comportement dommageable » ⁽¹¹⁾. Elle correspond à une « attitude passive (ne pas se soucier des conséquences de son abstention) » ⁽¹²⁾. Cette faute est le marqueur d'une délinquance délictuelle non intentionnelle. Par conséquent, transposer littéralement le concept de viol par négligence semble heurter l'ordonnancement pénal français qui qualifie de crime le viol, alors que la négligence est l'apanage des délits qui, seuls, peuvent être non intentionnels ⁽¹³⁾. La modification du viol en délit quand il serait le fait d'une négligence aurait en outre pour conséquence d'abaisser le seuil des peines encourues.

Toutefois, ce propos peut être nuancé car la négligence est, certes, une « défaillance » ⁽¹⁴⁾ de la part de l'auteur, mais ce dernier n'en a pas moins commis une faute car « il a ignoré l'éventualité du dommage qui s'est finalement réalisé (...). En agissant de la sorte, l'agent a commis *a priori* une faute car on ne peut admettre, dans une société policée, que chacun puisse agir sans se soucier des conséquences de ses actes » ⁽¹⁵⁾. Une telle appréhension de la négligence est alors plus proche du sens que donne la loi suédoise au viol par négligence, c'est-à-dire au viol commis par une personne qui se montre indifférente au

(5) A.-F. Hivert, « Violences sexuelles : la Suède satisfaite des effets de sa loi sur le consentement », *Le Monde*, 3 juill. 2020 ; « Deux ans après l'entrée en vigueur d'un nouveau texte facilitant la reconnaissance des victimes d'abus sexuels, un rapport du Conseil de prévention du crime vient de conclure à son efficacité. De 2017 et 2019, le nombre de condamnations pour viol a augmenté de 75 % en Suède. Les peines de prison sont passées de 25,3 à 26,9 mois, en moyenne. Le mouvement #metoo est en partie responsable de ces évolutions. Mais pas seulement : selon un rapport publié le 15 juin par le Conseil national de la prévention du crime (Brå), c'est aussi le résultat de la loi sur le consentement ».

(6) A.-F. Hivert, « Violences sexuelles : la Suède satisfaite des effets de sa loi sur le consentement », *Le Monde*, 3 juill. 2020.

(7) Pour mener cette étude, et par souci de simplification, nous ne raisonnerons que sur la qualification de viol, car celle d'agression sexuelle revêtant les mêmes caractéristiques, son analyse ferait doublon avec celle du viol.

(8) Cass. crim., 25 juin 1857 : *Bull. crim.*, n° 240 ; S. 1857, I, p. 711.

(9) Ainsi, la chambre criminelle a affirmé dans un attendu de principe, lors d'un arrêt en date du 23 janvier 2019, « que l'emploi d'un stratagème destiné à dissimuler l'identité et les caractéristiques physiques de son auteur pour surprendre le consentement d'une personne et obtenir d'elle un acte de pénétration sexuelle constitue la surprise au sens du texte susvisé ». Cass. crim., 23 janv. 2019, n° 18-82833 : *Bull. crim.*, n° 25 ; E. Dreyer, « Viol par tromperie sur l'apparence », *D.* 2019, p. 361 ; A. Darsonville, « Précisions sur la définition du viol par surprise », *AJ pénal* 2019, p. 153 ; Y. Mayaud, « La relation sexuelle, une relation *inuitu personae* ! », *RSC* 2019, p. 88.

(10) Cass. crim., 11 sept. 2024, n° 23-86657.

(11) E. Dreyer, *Droit pénal général*, 7^e éd., 2024, LexisNexis, p. 773, n° 946.

(12) E. Dreyer, *Droit pénal général*, 7^e éd., 2024, LexisNexis, p. 774, n° 948.

(13) Les contraventions, et donc leur élément intentionnel, sont exclues de cette analyse puisque viol et agressions sexuelles sont crimes et délits.

(14) Y. Mayaud, *Droit pénal général*, 7^e éd., 2021, PUF, p. 314, n° 262.

(15) E. Dreyer, *Droit pénal général*, 7^e éd., 2024, LexisNexis, p. 773, n° 946.

consentement d'autrui et néglige de s'intéresser au fait que son partenaire consente ou non à l'acte sexuel.

II. LA POSSIBLE TRANSPOSITION D'UNE APPROCHE RENOUVELÉE DU CONSENTEMENT SEXUEL

Pour saisir la logique retenue dans la loi suédoise, il faut comprendre que le viol par négligence a été pensé comme un corollaire à l'incrimination principale de viol. Aux termes de l'article 1 du chapitre 6 du Code pénal suédois, le viol est défini comme un acte sexuel « avec une personne qui n'y participe pas volontairement ». Le viol fait encourir une peine d'emprisonnement d'au moins trois ans et au plus six ans, des circonstances aggravantes étant prévues. Le texte ajoute que « lors de l'évaluation du caractère volontaire ou non d'une participation, il convient d'examiner en particulier si le caractère volontaire a été exprimé par des paroles, des actes ou d'autres manières ». Sont décrites des situations dans lesquelles une personne ne peut jamais être considérée comme participant volontairement : l'exercice de violences, de menaces ou le fait que l'auteur profite de la particulière vulnérabilité de la personne du fait d'une perte de conscience, d'une peur grave, etc. Outre cette incrimination de viol exigeant la démonstration d'un consentement positif, l'article 1 a du chapitre 6 susvisé précise : « Quiconque commet un acte dont fait mention l'article 1, et fait preuve de négligence en ce qui concerne le fait que l'autre personne ne participe pas volontairement est condamné pour viol par négligence à une peine d'emprisonnement d'une durée maximale de quatre ans ». Ainsi, la négligence ne vise pas la négligence fautive entachant l'élément moral de l'auteur de l'infraction, comme en France, mais la négligence dans la recherche du consentement positif du partenaire.

Comme le souligne le rapport d'évaluation du Groupe d'experts du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (GREVIO) concernant la Suède, publié en 2019, « ces infractions ont pour but d'établir la responsabilité pénale de l'auteur lorsque des actes sexuels sont entrepris sans vérification raisonnable du consentement de la victime » [§ 182]. Le GREVIO ajoute que « ce changement de perspective répond à la nécessité de s'éloigner d'une jurisprudence dans laquelle, trop souvent, l'attention portait sur le comportement de la victime, notamment sa tenue et sa conduite avant, pendant et après l'acte » [§ 183]. Le 4^e rapport général sur les activités du GREVIO, portant sur l'année 2022, publié en 2023, souligne pour sa part : « En d'autres termes, la différence entre le viol et le viol par négligence réside dans la différence d'état d'esprit (*mens rea*) de l'accusé. Dans les affaires de viol, le ministère public doit démontrer que l'accusé a agi dans une intention criminelle, soit parce qu'il était certain que la participation de la plaignante n'était pas volontaire, soit parce qu'il était indifférent au fait qu'elle participe volontairement ou non. Dans les cas de viol par négligence, le ministère public doit prouver la négligence grave de l'accusé. Cela inclut les situations où l'accusé était conscient que la plaignante ne participait probablement pas volontairement à l'acte sexuel, mais l'a néanmoins poursuivi, et les situations où l'accusé n'était pas conscient que la plaignante participait

probablement de manière non volontaire, mais aurait dû et pu s'en assurer » ^[16].

“ *En Suède, le viol par négligence, qui paraît éloigné de la logique pénale française, est une incrimination complémentaire à celle de viol, et non un délit non intentionnel* ”

La loi suédoise a profondément modifié le traitement judiciaire des viols. La Cour suprême suédoise a prononcé, en juillet 2019, la première condamnation du chef de viol par négligence ^[17]. En dépit de son entrée en vigueur récente, une évaluation de l'impact de la définition suédoise du viol a été réalisée en 2020 par le Conseil national suédois pour la prévention de la délinquance. Cette évaluation a permis de mettre en exergue un certain nombre d'avantages concrets offerts par la réforme ^[18]. « Premièrement, l'évaluation a montré que le nombre de signalements, de poursuites et de condamnations avait augmenté après la modification de la loi et que, plus précisément, le taux de condamnation avait augmenté de 75 %. Elle a également révélé que de nouveaux types d'affaires arrivaient devant les tribunaux, qui correspondaient justement aux situations que les modifications de la loi entendaient couvrir, à savoir les cas de “viol par surprise” et les cas où la victime était restée passive pendant l'acte sexuel » ^[19]. L'évaluation suédoise souligne en outre les avantages, pour les victimes, de la réforme pénale. Ainsi, « les victimes pensent qu'elles risquent moins d'être culpabilisées pour ce qui s'est passé et qu'il est maintenant possible pour elles de demander réparation en justice en signalant l'infraction. Plus précisément, elle souligne que l'approche “seul oui veut dire oui” permet de se prémunir contre les mythes profondément ancrés concernant le viol et la violence sexuelle qui peuvent imprégner le système de justice pénale et influencer sur la manière dont les avocats de la défense, les policiers, le ministère public et les juges interprètent ce qu'il faut entendre par actes sexuels commis contre la volonté de la victime. (...) depuis l'adoption des modifications à la législation suédoise, la population est davantage sensibilisée à l'importance que revêt le consentement dans les relations sexuelles » ^[20].

Par conséquent, la réforme suédoise pourrait être une source d'inspiration pour le droit pénal français. La notion de viol par négligence, qui semble de prime abord très éloignée de la logique pénale nationale, ne renvoie pas à la classification en délit non intentionnel, contrairement à ce que le terme « négligence » peut faire croire. C'est

(16) 4^e rapport général du GREVIO, p. 38.

(17) Courrier international, « Suède. Pour la première fois, la Cour suprême suédoise juge un homme coupable de viol par négligence », 15 juill. 2019 : <https://lext.so/r2vY8j>.

(18) Stina Holmberg and Lars Lewenhagen (2020), The new consent law in practice : An updated review of the changes in 2018 to the legal rules concerning rape. The English summary of Brå report 2020 :6. (The Swedish National Council for Crime Prevention (Brå)).

(19) 4^e rapport général du GREVIO, p. 42.

(20) 4^e rapport général du GREVIO, p. 43.

une incrimination complémentaire à celle de viol qui exige, quant à elle, le recueil d'un consentement positif du partenaire à l'acte sexuel. Le viol par négligence complète donc un dispositif plus global destiné à mieux protéger les victimes dont seul le consentement donné librement et de façon éclairée sera de nature à écarter l'infraction de viol. Affirmer une exigence claire du consentement libre et éclairé dans la définition du viol permettrait de promouvoir une meilleure protection judiciaire de la victime, mais serait aussi de nature à interroger collectivement la société française sur sa perception du consentement ^[21]. Or le

procès *de Mazan* nous aura révélé combien cette question est centrale dans les procès de viol, alors qu'elle demeure obscure dans sa définition. Le droit comparé devrait nous aider à sortir la notion de consentement du brouillard dans lequel elle se trouve encore. Comme le rappelle Denis Salas, « la société civile, par la voix des victimes, veut désormais contribuer à changer les normes qui la protègent et, au-delà, les mentalités. Elle nous demande de prendre acte de la transformation du sens du viol dans les perceptions collectives. Comment rester sourd à cet appel ? » ^[22].

(21) J. Portier et F. Sobry, « L'importance d'être consentant : les enjeux d'une exigence de consentement sexuel explicite en droit pénal français », *AJ pénal* 2019, p. 431 ; *contra* J.-C. Saint Pau, « Redéfinition du viol : le piège du consentement », *Dr. pén.* 2024, étude 14.

(22) D. Salas, « L'introduction du consentement dans la définition du viol est une réponse possible au procès Mazan », *Le Monde*, 27 sept. 2024.

DROIT PÉNAL

Le défaut de consentement dans le viol et dans le vol GPL469r3

L'essentiel

L'absence de consentement est-elle plus aisée à prouver dans les appropriations frauduleuses que dans les agressions sexuelles ? Singulièrement, a-t-on tendance à présumer une telle absence en matière de vol, alors qu'on s'y refuse en matière de viol ? Une réponse affirmative a pu être apportée, mais qui n'emporte pas la conviction.



Étude par
Stéphane DETRAZ
Maître de conférences
à l'université
Paris-Saclay, faculté
Jean-Monnet, IDEP

Les crimes et délits d'agressions sexuelles ont connu, ces dernières années, de profonds bouleversements législatifs, ayant eu pour objet d'en élargir la définition, d'en faciliter l'imputation et d'en assouplir la caractérisation. Pourtant, une partie de la doctrine leur adresse encore deux reproches d'importance.

D'une part, au lieu de se contenter d'exiger le défaut de consentement de la victime, les textes d'incrimination requièrent que

l'auteur des faits agisse par violence, contrainte, menace ou surprise (C. pén., art. 222-22, al. 1^{er}, *in limine*). Il en résulterait que les actes réalisés sans l'emploi d'aucun de ces adminicules échapperaient à la répression, lors même qu'ils seraient imposés ou soutirés, par d'autres moyens, à la personne qui les subit. Cependant, les exemples donnés par les tenants de cette analyse ne sont guère probants, quand ils ne sont pas démentis par la jurisprudence ⁽¹⁾. Ils reposent en effet sur une conception intransigeante du consentement valable, lequel doit être exempt de toute pression et de toute relation d'inégalité ; or, si l'on redéfinit le consentement valable comme une adhésion ou une sollicitation parfaitement renseignée, enthousiaste ⁽²⁾ et bénéfique à l'acte sexuel, l'on s'oblige immanquablement à le voir partout absent ou vicié.

D'autre part, puisque l'accusation doit apporter la preuve du défaut de consentement découlant du recours aux procédés agressifs précités, cela reviendrait, selon cette même doctrine, à instaurer une « présomption de consentement des femmes aux activités sexuelles » ⁽³⁾. Or, en plus d'être odieuse, cette présomption serait injuste car elle désavantagerait spécifiquement les victimes d'agressions sexuelles par rapport aux victimes d'autres infractions requérant, elles aussi, un défaut de consentement, telles que les délits contre les biens. Un auteur a ainsi pu formuler les observations suivantes : « Comparons le statut du consentement d'une femme qui dénonce une atteinte à ses biens, le vol

de son portefeuille par exemple, avec celui d'une femme qui dénonce une atteinte à sa personne, tel un viol. Dans le premier cas, on ne présumera pas que la plaignante a voulu donner son portefeuille ; elle n'a pas à prouver qu'elle n'était pas consentante et ce quelles que soient les réactions qu'elle a eues au moment du vol. À l'inverse dans le second cas, on attendra d'elle qu'elle prouve qu'elle n'était pas consentante, qu'elle "résiste" » ⁽⁴⁾.

Le propos est saisissant. Il paraît de surcroît tout à fait pertinent. Il est rare, en effet, que la question du consentement se pose en matière de vol, alors qu'elle est très souvent au centre des débats en matière de viol, sur le plan à la fois procédural (la preuve du défaut de consentement est-elle apportée ?) et notionnel (à les supposer établis, les faits manifestent-ils vraiment un défaut de consentement ?). Il pèserait donc effectivement, en matière d'agressions sexuelles, une présomption scélérate de consentement, s'ajoutant à l'exigence induite d'adminicules déterminés, le tout étant de nature à empêcher les victimes d'agressions sexuelles de se faire reconnaître comme telles par la justice : non seulement, en voyant peser sur elles le risque de la preuve, elles seraient éconduites à défaut de pouvoir produire les éléments propres à établir leur absence de consentement, mais encore, en considérant même qu'elles parviennent à démontrer une telle absence, elles échoueraient si elles n'établissaient pas que cette absence résulte de l'un des procédés agressifs légalement visés. Deux verrous fermentaient ainsi anormalement la voie à la condamnation pénale des auteurs des faits.

Il est donc intéressant d'éprouver la comparaison susmentionnée faite entre le vol et le viol. Épurons-la tout d'abord de la référence à la « résistance » dont devrait prétendument faire preuve la victime d'une agression sexuelle. Si « résister » signifie ne pas consentir, alors, effectivement, pour qu'il y ait agression sexuelle, la victime doit résister, plutôt qu'accepter. Si, en revanche, « résister » s'entend de l'acte consistant à entreprendre d'empêcher positivement l'accomplissement de l'action d'autrui, alors il ne sied pas au droit positif qui punit les agressions sexuelles en cas, notamment, de contrainte (y compris morale) et de surprise. Sans doute l'absence d'une telle résistance active peut-elle être fructueusement prise en compte dans un premier temps de la procédure, mais alors à titre indiciaire et provisoire seulement, et avec une logique certaine, puisque consentir conduit à ne pas résister.

(1) Pour l'« état de sidération », v. Cass. crim., 11 sept. 2024, n° 23-86657.

(2) Rapp. C. A. MacKinnon, *Le viol redéfini. Vers l'égalité, contre le consentement*, 2023, Climats, p. 86.

(3) C. Le Magueresse, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », Arch. pol. crim. 2012/1, n° 34, p. 227.

(4) C. Le Magueresse, « Viol et consentement en droit pénal français. Réflexions à partir du droit pénal canadien », Arch. pol. crim. 2012/1, n° 34, p. 227.

Ensuite, il convient d'observer que le droit pénal ne punit pas toute appropriation du bien d'autrui non librement, pleinement ou sciemment consentie par ce dernier. Il est connu, par exemple, qu'une remise provoquée par un « simple mensonge » ne constitue pas une escroquerie, ou encore que n'est pas répréhensible, au titre de l'abus de confiance, le fait de ne pas accomplir la prestation pour laquelle, en parfaite connaissance de cause, l'on s'est malhonnêtement fait rémunérer par avance. Seules sont ainsi punissables les appropriations frauduleuses reposant sur l'emploi de procédés particuliers, si bien que les agressions sexuelles n'ont rien de particulier à cet égard (elles ont même un atout supplémentaire : celui de pouvoir être caractérisées sans nécessité d'aucun adminicule lorsqu'elles sont exercées sur un mineur). Remarquera-t-on que le délit d'abus de faiblesse (C. pén., art. 223-15-2) vient fermer la marche des infractions contre les biens en se contentant d'un simple « abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse » d'une personne vulnérable, que l'on n'aura en réalité accordé aucun avantage au camp des appropriations frauduleuses : ce délit s'applique en effet aussi à l'obtention ou à la réalisation d'un acte sexuel ⁽⁵⁾ !

Enfin, ainsi qu'on le comprend, il y a lieu d'élargir la comparaison en incluant les appropriations frauduleuses voisines du vol (I), avant d'examiner le vol lui-même (II).

I. LA COMPARAISON AVEC LES INFRACTIONS VOISINES DU VOL

Puisque les agressions sexuelles peuvent être accomplies par violence, contrainte, menace ou surprise, il est indiqué de les confronter aux appropriations frauduleuses se commettant par des agissements comparables, à savoir les délits d'extorsion (C. pén., art. 312-1), de chantage (C. pén., art. 312-10) et d'escroquerie (C. pén., art. 313-1) ⁽⁶⁾. Or, les concernant, nulle présomption d'aucune sorte n'est à l'œuvre. L'accusation ne doit pas simplement établir un acte d'appropriation réalisé sans le consentement de la victime : elle est également tenue de prouver que le prévenu, ici, a agi avec violence, menace ou contrainte ou, là, a usé de mensonges qualifiés ou de manœuvres frauduleuses. L'on retrouve ainsi le même schéma que dans les agressions sexuelles, jusque dans le fait que la caractérisation des adminicules dispense en réalité de démontrer le défaut de consentement en tant que tel. Plus précisément, la mise en évidence de ces procédés implique nécessairement l'absence de consentement, raison pour laquelle celle-ci n'est pas mentionnée par les textes d'incrimination à titre de fait constitutif : cela serait surabondant.

Il pourrait certes être au contraire soutenu, s'agissant des agressions sexuelles, que l'emploi de l'un des adminicules est en réalité rationnellement compatible avec la présence d'un consentement parfaitement valable, auquel cas ce sont ces infractions-là qui se révéleraient les plus implacables, puisqu'alors il ne serait pas permis à la personne mise en cause de se prévaloir de ce consentement. En effet, il est notamment possible qu'une personne agréée à une relation sexuelle réalisée avec violence, ou encore qu'elle accepte par avance de soudaines caresses sexuelles à venir. Or, puisque l'article 222-22, alinéa 1^{er}, du Code pénal qualifie *de plano* d'agression sexuelle toute « atteinte sexuelle

commise avec violence » ou « surprise », il en résulterait *a priori* que l'infraction serait constituée même en cette hypothèse d'aval donné à la violence ou la surprise. En réalité, une telle solution ne peut être retenue. Il est préférable, à la vérité, d'entendre la conjonction « avec » comme indiquant un rapport de cause à effet entre l'adminicule et l'atteinte sexuelle, suivant lequel c'est grâce à la violence, la contrainte, la menace ou la surprise que l'agent a pu accomplir les faits. Sans doute le terme en question est-il peu propice à cette solution, puisqu'il indique la manière plutôt que la cause ; mais il permet malgré tout de retenir cette interprétation en raison de sa relative nébulosité sémantique. Au demeurant, en matière de viol, l'article 222-23, alinéa 1^{er}, du Code pénal vise un acte de pénétration sexuelle ou bucco-génitale commis « par » violence, contrainte, menace ou surprise, la préposition rendant ici mieux compte du rôle causal joué par ces procédés. Il serait dès lors bien curieux que les agressions sexuelles autres que le viol puissent, quant à elles, être constituées même en l'absence d'un tel caractère.

“ *Le constat est rassurant : les personnes ne sont pas davantage présumées consentir à un acte sexuel qu'à une dépossession faisant suite à l'usage de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise* ”

Par conséquent, s'il n'est pas faux de dire que l'emploi des adminicules prouve l'absence de consentement, il est plus juste d'énoncer que, en réalité, ceux-ci impliquent nécessairement une telle absence en raison du lien de causalité qui les unit à l'atteinte sexuelle ⁽⁷⁾.

Or, de ce point de vue, il n'y a pas de différence d'avec les appropriations frauduleuses. Ainsi, dans l'escroquerie, les mensonges qualifiés ou les manœuvres frauduleuses doivent être « déterminants » de la remise, ce qui implique que, par leur biais, l'escroc doit avoir réussi à tromper la victime et, par ce moyen, à la conduire à remettre ce qu'il convoite. De même, dans l'extorsion, le coupable obtient « par » violence, menace de violence ou contrainte la remise ou la réalisation du bien ou de l'acte recherchés. Le délit de chantage se commet pour sa part « en menaçant » de révéler ou d'imputer des faits déshonorants, le participe présent dénotant ici non pas la manière d'agir (insuffisante) ou la concomitance d'avec la remise consécutive (impossible), mais le procédé par lequel l'agent est parvenu à ses fins.

L'on voit, en fin de compte, que l'absence de consentement valable, impliquée par l'emploi des adminicules légalement exigés, caractérise identiquement les agressions sexuelles et les appropriations frauduleuses précitées, et que l'accusation doit en apporter la preuve de la même façon, sans l'aide d'aucune présomption légale. Le constat est donc rassurant : les femmes, et les personnes en général, ne sont pas davantage présumées consentir à un acte sexuel qu'à une dépossession faisant suite à l'usage de procédés équivalant à la violence, la contrainte, la menace ou la surprise.

(5) Cass. crim., 19 févr. 2014, n° 12-87558.

(6) L'abus de confiance (C. pén., art. 314-1) pourrait éventuellement être vu comme une forme de « surprise ».

(7) Comp. P. Conte, note ss Cass. crim., 25 janv. 2023, n° 22-82990, Dr. pén. 2023, comm. 59.

II. LA COMPARAISON AVEC LE VOL

Le vol n'a pas le même visage caractéristique et marqué que ses congénères, puisqu'il ne repose pas sur l'usage de la force ou de la tromperie. Pour autant, ses traits ne sont pas parfaitement lisses : ce délit suppose une « soustraction frauduleuse » portant sur la chose d'autrui (C. pén., art. 311-1). La soustraction correspond normalement à une privation par laquelle le légitime possesseur perd sa chose. Il serait donc facile, dans un premier temps, d'expliquer de cette façon la différence de traitement dénoncée en doctrine entre cette infraction et les agressions sexuelles. Dans ces dernières, en effet, la personne n'est pas privée de la partie de son corps sur laquelle l'atteinte sexuelle délictueuse est exercée : le viol, notamment, n'est pas une mutilation. Cependant, ce distinguo est, à la réflexion, fallacieux : le vol consiste plus précisément à retirer à la victime ses prérogatives sur la chose, ce qui n'est pas bien différent des agressions sexuelles vues comme une atteinte à la liberté sexuelle des personnes.

Il existerait donc effectivement, dans le cas du vol, une présomption de non-consentement, opérant à l'inverse de la présomption de consentement qui frapperait les victimes d'agressions sexuelles : tandis, par exemple, que la personne qui aurait fait l'objet d'un acte de pénétration sexuelle de la part d'un inconnu serait présumée avoir consenti à cette relation, celle dont le bien serait passé sous la maîtrise du même inconnu serait au contraire présumée ne pas avoir consenti à cette dépossession. Mais cette opposition se vérifie-t-elle vraiment ? Il ne semble pas.

Concernant la présomption de non-consentement à l'appropriation de sa chose, en premier lieu, l'on rappellera qu'il n'y a vol qu'en cas de soustraction « frauduleuse » et qu'il appartient à l'accusation d'apporter la preuve de ce caractère, qui est une composante à part entière du délit⁽⁸⁾. Or, si le caractère frauduleux peut éventuellement être vu comme présumé d'emblée par les autorités chargées de la procédure, au point qu'il ne sera pas nécessaire pour elles d'approfondir la question, c'est uniquement lorsque les circonstances s'y prêtent, c'est-à-dire s'il n'apparaît pas plausible que le propriétaire se soit volontairement défait de son bien. Or ces circonstances, quoique fort diverses, sont en réalité d'une nature telle qu'on peut les rattacher aux adminicules des agressions sexuelles : si, par exemple, l'intéressé est dépouillé après avoir été roué de coups et jeté à terre ou parce qu'un individu s'est nuitamment introduit à son domicile, sont vérifiées des situations du même ordre que la violence, la contrainte ou la surprise⁽⁹⁾. Lorsque, en revanche, les circonstances sont ambiguës, en raison par exemple de l'existence de relations contractuelles entre le prétendu voleur et le propriétaire, compatibles avec le caractère licite de l'acte d'appréhension, la question du consentement se posera.

En outre, le vol suppose un acte de « soustraction ». Par conséquent, pour caractériser ce délit, doit être établi un comportement qui, transposé dans le domaine des atteintes

sexuelles, correspond, sinon à la violence, à tout le moins à la surprise, même si aucun procédé particulier ne s'y ajoute. En effet, soustraire, c'est en principe « prendre, enlever, ravir » [jurisprudence *Beaudet*], c'est-à-dire, de manière dynamique, s'emparer de la chose d'autrui et non pas, de manière statique, avoir la maîtrise de cette chose. Or, par comparaison, la surprise n'est pas seulement le fait de « surprendre le consentement », c'est-à-dire de tromper la victime, mais également le fait d'agir de manière subite ou subreptice : voler un baiser⁽¹⁰⁾, sodomiser inopinément une personne affairée avec un autre homme⁽¹¹⁾. Ainsi, la physionomie même de l'acte constitutif de vol amène bientôt à penser qu'il est frauduleux, c'est-à-dire accompli contre le gré ou à l'insu de la victime. En revanche, avoir des relations sexuelles avec autrui ne constitue pas, que l'on pénètre ou soit pénétré, un comportement caractéristique d'une situation de violence, de contrainte, de menace ou de surprise – sauf, naturellement, à croire que l'acte sexuel masculin est par nature « déséquilibré » par rapport à celui de la femme.

De surcroît, alors que l'on imagine aisément qu'une personne se donne à son partenaire, y compris si elle vient à peine de faire sa connaissance, l'on ne conçoit pas, pour certains objets, en raison de leur qualité ou de leur quantité⁽¹²⁾, que son propriétaire s'en défasse volontairement : qui se montre prodigue au point de donner son « portefeuille » ? Dans un tel cas, il est évident qu'on présumera *ab initio* que l'objet a été volé plutôt que donné ou prêté, quitte à revenir sur cette appréciation à la faveur de la clarification des circonstances.

S'agissant, en second lieu, de la présomption de consentement des femmes (et des personnes en général) aux actes sexuels, il ne s'agit pas d'une présomption indiciaire, comme l'est la présomption de non-consentement aux appropriations examinée plus haut. Elle n'est que le résultat, par inversion du point de vue, de la présomption d'innocence, qui veut que les éléments constitutifs de l'infraction ne soient pas présumés réunis à l'encontre de la personne mise en cause. Replacé sur ce terrain de la charge de la preuve, le vol est donc, lui aussi, gouverné par une « présomption » de consentement à l'acte d'appréhension, que l'accusation doit renverser en démontrant qu'il y a eu « soustraction frauduleuse ».

En conclusion, il n'apparaît pas que les victimes d'agressions sexuelles soient moins bien traitées par la loi⁽¹³⁾ que les victimes d'appropriations frauduleuses. Les incessantes réformes affectant ces infractions laissent néanmoins présager de nouvelles évolutions législatives, qui pourraient avoir des incidences probatoires. Verra-t-on ainsi, un jour, émerger un délit de non-justification de consentement, qui pourrait consister, peut-être pour certaines personnes en particulier (pourvues d'une autorité de droit ou de fait, etc.), en « le fait de ne pouvoir justifier » du consentement de la personne avec laquelle elles ont eu des relations sexuelles ?

(8) V., par ex., Cass. crim., 20 mai 2015, n° 14-81336 : Bull. crim., n° 119.

(9) La menace, quant à elle, induit plutôt une remise de la part de la victime, qui signe alors la constitution du délit d'extorsion. Mais la chose n'est pas automatique : l'on peut menacer le propriétaire pour le dissuader de s'opposer à l'acte de soustraction entrepris.

(10) Cass. crim., 19 juin 2019, n° 18-83523.

(11) Cass. crim., 15 mai 2024, n° 23-85034.

(12) V., par ex., Cass. crim., 27 mai 1999, n° 98-84859.

(13) Qu'elles le soient par les autorités est une autre question, à laquelle il convient, dans ce cas, de remédier.