



CONSENTEMENT SEXUEL ET MINORITÉ 5

**- L'AVIS DU CONSEIL D'ETAT SUR LE PROJET DE LOI -
" POUR CONJURER LE SORT INCONSTITUTIONNEL "**

Thiery Favre

Master en psychanalyse (Univ. Paris 8)

D.U en médecine des addictions (Univ. Paris 7)

D.U de conseiller en santé sexuelle (Univ. Paris 7)

D.U en prise en charge du transsexualisme (Univ. Paris 7)

D.U en clinique et thérapeutique des auteurs d'infractions à caractère sexuel (Univ. Paris 5)

D.U de compétence en soins psychiatriques (Univ. Paris-Sud)

D.U en urgences psychiatriques (Univ. Paris 5)

D.U en psychiatrie criminelle et médico-légale (Univ. Poitiers)

D.U en criminologie clinique (Univ. Lyon 1)

D.U en criminalistique (Univ. Paris 5)

D.U en expertise judiciaire (Univ. Limoges)

REMERCIEMENTS

Au **Docteur Gilles Formet** pour l'acceptation de ce 16^o article sur le site de la **Société Française de Sexologie Clinique**.

À **Brigitte Soerensen-Mendele** pour la relecture de cet article et ses conseils.

Le 28 Février 2018, le Conseil d'Etat a été saisi par le Gouvernement pour donner un avis à l'égard du projet de loi concernant les violences sexistes et sexuelles.

La présentation de ce projet était initialement prévue le 07 Mars 2018. Or le Gouvernement, avant cette présentation, a préféré faire preuve de prudence et s'entourer de précautions rédactionnelles.

C'est dans cette finalité que le Conseil d'Etat a été saisi pour avis¹.

Sur le volet « **Renforcement de la répression des abus sexuels sur les mineurs de 15 ans** », le Conseil d'Etat s'empare du questionnement relatif à la fixation d'un seuil d'âge en dessous duquel un mineur ne peut pas consentir à un (ou des) acte(s) sexuel(s) commis avec une personne majeure.

Sur ce point, le projet de loi fixe un seuil de 15 ans.

Dès lors, toute personne majeure serait poursuivie pour agression sexuelle sur mineur (e) âgé(e) de moins de 15 ans, laquelle pourrait être qualifiée dans sa forme la plus grave de :

- viol, s'il y a eu pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit.

Le projet précise que l'infraction d'agression sexuelle, avec ou sans pénétration sexuelle, serait constituée lorsque la personne majeure *" connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime "*.

Le Conseil d'Etat rappelle qu'il ne lui appartient pas de se prononcer sur le choix du Gouvernement, mais de dire si ce choix rencontre un obstacle juridique.

Le Conseil d'Etat retient deux aspects interrogatifs du projet de loi susceptibles de présenter une difficulté :

- *« En premier lieu, l'âge de 15 ans de la victime constitue-t-il un seuil pertinent pour mettre en place, en-deça de cet âge, une répression spécifique des abus sexuels ? ».*
- *« En deuxième lieu, et en cas de réponse affirmative, la définition des éléments constitutifs de l'infraction, telle qu'elle est proposée par le projet du Gouvernement dans le cas de victimes ayant moins de 15 ans, respecte-t-elle les exigences constitutionnelles et conventionnelles ? ».*

Sur le premier point interrogatif, le Conseil d'Etat ne relève pas la présence d'un obstacle juridique.

En revanche, sur le deuxième point, le Conseil d'Etat soulève que l'emploi de la locution :

« connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime »

présente une complexité, car cette précision locutive caractérise insuffisamment l'élément moral de l'infraction attribuée à la personne majeure.

Pour renforcer son argumentaire, le Conseil d'Etat rappelle que le Conseil Constitutionnel exige que la définition d'une incrimination constitutive d'une infraction doit inclure, outre l'élément légal et l'élément matériel, l'élément moral, c'est-à-dire respecter la classification tripartite d'une infraction.

L'élément moral peut être intentionnel ou non intentionnel et cette nuance peut se traduire par une réponse pénale totalement différente en terme d'imputabilité.

Il cite une décision du Conseil Constitutionnel n° 2011-164 QPC du 16 Septembre 2011 :

" S'agissant des crimes et délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ".

L'emploi de la locution ***" connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime "*** s'écarte fortement de l'exigence constitutionnelle, car n'indiquant aucune qualité d'intention, elle ne présente pas une valeur sur laquelle l'élément moral pourrait s'édifier.

Le Conseil d'Etat illustre son point de vue en apportant un exemple :

" Dans l'hypothèse, par exemple, d'une relation sexuelle qui serait librement décidée entre un mineur de 17 ans et demi et une adolescente venant d'avoir 14 ans et qui se poursuivrait de manière habituelle, pendant plusieurs mois au-delà de la première rencontre, -relation licite au regard du code pénal même si elle comporte des actes de pénétration sexuelle-, la disposition envisagée conduit à ce que le premier soit, dès ses dix-huits ans et alors que rien ne vient modifier son comportement, passible d'un crime de viol pouvant le renvoyer devant la cour d'assises : cette qualification sera d'autant plus automatique qu'il sera facilement démontré, s'agissant d'une relation suivie qu'il « connaissait l'âge de la victime ou ne pouvait l'ignorer » ".

En effet, dans ce cas, le mineur âgé de 17 ans et demi endosserait un statut de criminel par la poursuite de cette relation !

Un autre obstacle relevé par le Conseil d'Etat, en capacité de réception de la foudre constitutionnelle, consiste en le fait de conserver dans le catalogue pénal, le délit d'atteinte sexuelle commise sans violence, menace, contrainte ni surprise par une personne majeure sur une personne mineure âgée de moins de 15 ans (article n° 227-25 du code pénal).

Ce cumul d'infractions ***"conduit à ce qu'un même comportement puisse tomber sous le coup de dispositions distinctes, sanctionnées différemment ".***

À nouveau, le Conseil d'Etat relève que ***" Cette incohérence au sein de la matière pénale est aussi une source d'inconstitutionnalité, dans la mesure où le Conseil constitutionnel a déjà censuré, au nom du principe d'égalité devant la loi pénale, des dispositions législatives qualifiant des faits de manière identique, tout en faisant encourir à leur auteur, selon le texte d'incrimination sur lequel se fondent les autorités de poursuites, des peines de nature extrêmement différente (décision n° 2013-328 QPC du 28 Juin 2013) ".***

Dans l'exemple précédent, le mineur âgé de 17 ans et demi pourrait être poursuivi dès ses 18 ans sur la base de 2 articles différents !

Quelle serait la qualification retenue ?

Un troisième obstacle est relevé par le Conseil d'Etat, celui-ci placé sur le quantum de la peine encourue.

Le quantum de la nouvelle incrimination est inchangé par rapport au 2° alinéa de l'article n° 222-24 du code pénal qui prévoit une circonstance aggravante lorsqu'une victime d'agression sexuelle, avec pénétration sexuelle, est âgée de moins de 15 ans.

Il est fixé à :

- 20 ans de réclusion criminelle.

La formulation du projet de loi renvoie "**même explicitement**" à ce 2° alinéa de l'article n° 222-24 du code pénal.

Sous cette formulation, c'est dire qu'un des éléments constitutifs de la nouvelle infraction à l'égard des mineurs âgés de moins de 15 ans est, en même temps, une circonstance aggravante.

Présentation qui se veut contraire au principe de légalité des délits et des peines !

Poursuivant son analyse, le Conseil d'Etat suggère également un ajout au projet de loi :

- Inclure à l'article n° 222-22-1 du code pénal, le libellé suivant :

" Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise peuvent résulter de l'abus de l'ignorance de la victime ne disposant pas de la maturité ou du discernement nécessaire pour consentir à ces actes "

Puis, sur un point supplémentaire, celui de la peine encourue en matière d'atteinte sexuelle, le Conseil d'Etat propose de porter :

- de 5 à 10 ans d'emprisonnement la sanction encourue par une personne majeure auteure d'un délit d'atteinte sexuelle commise sans violence, contrainte, menace ni surprise sur un(e) mineur(e) âgé(e) de moins de 15 ans.

Ceci, sans différencier le fait ou pas de pénétration sexuelle dans cette atteinte.

Sur ce chapitre, le Sénat, quant à lui se distingue, en proposant une peine de 7 ans et 100 000 € si l'atteinte comporte une pénétration sexuelle².

Également, le Conseil d'Etat suggère de faire préciser à l'article n° 351 du code de procédure pénale que :

" Lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime, le président doit poser la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violence, contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats ".

Ceci afin d'éviter un acquittement à une personne majeure poursuivie pour chef de viol sans que la requalification en atteinte sexuelle commise sans violence, contrainte, menace ni surprise ne soit retenue.

Ce qui fait écho à une récente décision de justice, décision ayant participé à l'émoi social.

Dans sa rédaction présentée au Conseil d'Etat, le projet de loi sur les violences sexistes et sexuelles semble comporter des risques de questions prioritaires de constitutionnalité.

Le Conseil d'Etat, *" pour conjurer le risque d'inconstitutionnalité "* propose des solutions afin que le texte tant souhaité par le Gouvernement soit positionné dans une conformité constitutionnelle.

La prise en compte de cette probabilité de risque doit nécessairement entraîner **le remaniement** du projet.

Celui-ci sera présenté dans un prochain article.

Affaire à suivre ...

Le 02 Avril 2018

Thierry Favre

Notes

1) : Conseil d'Etat, Avis sur un projet de loi n° 394437 « renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes commises contre les mineurs et les majeurs », séance du 15 Mars 2018.

<http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Avis/Selection-des-avis-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/Projet-de-loi-renforçant-la-lutte-contre-les-violences-sexuelles-et-sexistes-commises-contre-les-mineurs-et-les-majeurs>

2) : Sénat, Proposition de loi n° 373 « **d'orientation et de programmation pour une meilleure protection des mineurs victimes d'infractions sexuelles** », enregistrée à la Présidence du Sénat le 21 Mars 2018.

<http://www.senat.fr/leg/pp117-373.html>