

Paris, le 23 février 2024

Observations du Syndicat de la magistrature dans le cadre de la
mission d'information de l'Assemblée nationale sur la définition du viol

Propos liminaires

Fondé en 1968 le Syndicat de la magistrature, qui recueille un peu plus de 30 % des voix aux élections professionnelles de magistrats, a pour objet social de veiller à ce que l'autorité judiciaire puisse exercer sa mission en toute indépendance ainsi que d'étudier et de promouvoir toutes les réformes nécessaires concernant l'organisation et le fonctionnement de la justice, le recrutement, la formation et la carrière des magistrats, de défendre leurs intérêts professionnels et syndicaux. Il veille en outre à la défense des libertés individuelles, des libertés publiques et des principes démocratiques. Pour répondre à ces objectifs, le Syndicat de la magistrature mène notamment un travail de fond sur le fonctionnement de l'institution judiciaire et sur les pratiques professionnelles. Le stage thématique annuel, lequel a porté en 2023 sur le thème de la justice après #MeToo, a constitué un espace de réflexion privilégié sur ces questions.

Les valeurs du Syndicat de la magistrature s'expriment dans une volonté de mettre à distance l'approche répressive de la régulation des rapports sociaux en général et plus particulièrement au sein de l'institution judiciaire. Notre attachement aux principes du procès équitable et à la limitation des champs de pénalisation de la vie sociale, suscite au sein de notre organisation de multiples débats, lorsqu'il s'agit d'aborder le phénomène des violences sexistes et sexuelles sous le prisme de « l'impunité ». A cet égard, nous constatons que l'accent, dans le débat public mené sur ces sujets depuis plusieurs années, porté sur les termes de la pénalisation de ce phénomène, ne s'accompagne que modestement, voire pas, d'une réflexion sur les peines applicables à cette matière – le paradigme carcéral nous paraissant, comme souvent, peu adapté au traitement d'un problème de société d'une telle ampleur.

Dans le cadre de notre réflexion, nous sommes néanmoins partis du constat, d'une part, de l'insuffisance manifeste du traitement judiciaire des violences sexistes et sexuelles et, d'autre part, de l'ampleur de cette insuffisance, telle que mise en lumière depuis le mouvement #MeToo. Les chiffres objectivent en effet un très fort taux de classement sans suite (73% des plaintes) et un très faible taux de condamnation des viols en général (0,6 % des viols ou tentatives de viol condamnés)¹. Pourtant, analysées sous un prisme systémique, ces violences sont à la fois le socle et le levier d'un ordre social marqué par la prédominance d'un système patriarcal dans lequel la justice est, à maints égards, elle aussi inscrite. Il nous a ainsi paru nécessaire d'accueillir ces critiques et d'initier une réflexion de fond pour élaborer des pistes de résolution.

¹ Voir la dernière enquête dite de victimation, « *Cadre de vie et sécurité* » (CVS) conduite en 2021 par l'INSEE

Dans ce domaine, un consensus se dégage au sein de notre organisation : aborder la question sous le seul prisme de « l'impunité » dans le champ judiciaire serait aussi incomplet qu'inefficace. Une approche globale, qui manifesterait un combat politique contre la dimension systémique des violences sexuelles et sexistes dans la société, incluant un volet préventif, est indispensable. Sur le plan judiciaire, il apparaît également nécessaire de sortir du champ purement pénal et d'investir la justice civile ainsi que d'autres formes de réponses, telle que la justice restaurative. Enfin, sur le plan pénal, le Syndicat de la magistrature soutient qu'une seule modification de la loi, fût-elle à même de créer une illusoire exhaustivité quant aux hypothèses théoriquement couvertes par l'incrimination, ne suffira pas à assurer un meilleur traitement judiciaire des violences sexistes et sexuelles. Si elle devait advenir, une telle redéfinition, devrait avant tout éviter certains écueils pour ne pas se retourner contre son objectif premier. Elle devrait impérativement s'accompagner d'une meilleure formation des magistrats, valorisant la collégialité et tous les espaces d'échange et de réflexion sur les pratiques institutionnelles, pour sortir d'une logique strictement répressive, au moyen d'un véritable travail sur la recherche de la preuve et sur le sens de la peine.

Sous ce prisme, les développements qui suivent s'attacheront ainsi à répondre de façon synthétique à l'ensemble des questions posées au sein du questionnaire qui nous a été adressé par la mission d'information de l'Assemblée nationale, annexé aux présentes observations.

Sur les causes du différentiel entre le nombre de viols judiciairisés et le nombre de viols estimés

S'agissant de l'écart important existant en France entre, d'une part, le nombre de dépôts de plaintes et de condamnations, et le nombre de viols déclarés au sein des estimations des enquêtes de victimation – puisque la présente mission d'information rappelle que 14,7% des plaintes donnent lieu à une peine et que l'on estime que moins de 1% des viols sont effectivement condamnés, de nombreuses victimes décidant de ne pas porter plainte –, de l'autre, il importe de relever que ce différentiel n'est pas purement numérique. Rappelons, avec l'historienne Véronique Le Goaziou, le rôle joué par la position sociale des auteurs d'infraction sexuelle. A l'appui d'études portant sur les affaires judiciairisées de violences sexuelles, il a ainsi été mis en exergue que les viols dénoncés et que les auteurs mis en cause au sein de l'institution judiciaire, concernaient pour la plupart des personnes issues des milieux populaires les plus précarisés : ainsi, « *en matière de déclaration/dénonciation des violences sexuelles, rapports de genre et rapports de classes sont mêlés* »². Alors qu'il est établi par les enquêtes statistiques et sociologiques (ENVEFF, ONDRP-INSEE) que les violences sexuelles concernent l'ensemble des milieux sociaux sans exception, il apparaît pourtant que « *les positions sociales (et les rapports de pouvoir qui leur sont liés) réapparaissent sans conteste à l'occasion du (dé)voilement judiciaire de ces violences* » et ce y compris au stade du jugement, puisque « *les condamnés sont très majoritairement issus des milieux défavorisés* »³. Ce constat doit irriguer l'ensemble des analyses portant sur l'écart explicité plus haut. Partant, peuvent être identifiés des causes inhérentes à l'institution judiciaire mais aussi des dysfonctionnements propres à ces questions.

Il convient de rappeler que le fonctionnement actuel de l'institution judiciaire, indépendamment de tout contentieux particulier, pèse bien évidemment dans sa capacité à répondre de façon satisfaisante aux attentes des plaignantes. L'absence de transmission des plaintes par les services de police, les classements sans suite dépourvus de motivation ou d'explication concernent une part importante des infractions dénoncées. De même, les délais de traitement des plaintes, la durée des enquêtes et des informations judiciaires, comme les délais d'expertises et de jugement affectent, de manière structurelle, l'ensemble des contentieux.

2 Véronique Le Goaziou, « Les viols en justice : une (in)justice de classe ? » in *Nouvelles Questions Féministes* 2013/1 (Vol. 32), pages 16 à 28

3 *Ibidem*

Alors que le viol figure parmi les infractions les plus graves du code pénal, le traitement de cette infraction criminelle n'échappe en rien à ces dysfonctionnements. Lorsque les faits dénoncés sont qualifiés de viol *ab initio*, la saisine d'un juge d'instruction s'impose. Toutefois, une information judiciaire dure en moyenne 30 mois et en cas de renvoi devant une juridiction de jugement, le délai d'audiencement porte cette durée à 4 ans. Ainsi, après un dépôt de plainte, la personne plaignante peut se retrouver confrontée à un silence de plusieurs mois avant de recevoir une réponse du procureur de la République ou une première convocation devant le juge d'instruction, puis d'encore plusieurs mois voire années sans nouvelles de la procédure.

Outre ces problématiques qui concernent les cas où les faits sont poursuivis mais dans des conditions qui contribuent à dissuader les personnes s'estimant victimes de viols de se tourner vers l'institution judiciaire, il convient de concentrer notre attention sur deux séries d'hypothèses : d'une part, sur les cas dans lesquels des faits sont portés à la connaissance des services de police ou de la justice sans donner lieu à des poursuites, ni même parfois à une transmission à la justice (cas des faits dénoncés par la voie des déclarations de main-courante). Ceux-là semblent notamment trouver leur source dans les conditions sociologiques de recueil de la parole des plaignantes et d'appréhension des affaires de violences sexuelles à tous les stades de la chaîne pénale ; d'autre part, sur les cas dans lesquels les faits ne sont même pas portés à la connaissance de l'institution judiciaire, les personnes s'estimant victimes ne souhaitant pas dénoncer les faits auprès des institutions policière et judiciaire et pour lesquels on peut identifier deux phénomènes : d'un côté, par la forme de « coût social » – mais aussi intime et personnel – de la plainte qui découle des éléments évoqués, de l'autre par les phénomènes de régulations privées des conflits générés par les faits de violences sexuelles et sexistes, internes à certains milieux. Sur ce dernier point, « *il a été avancé que les groupes à forts liens sociaux et à fortes solidarités continuaient davantage d'autogérer les conflits internes à leur communauté, tandis que les autres saisissaient plus les institutions (Faget, 1997) »*. A cet égard, « *si le sens du collectif et de la régulation a souvent été spontanément attribué aux classes populaires, les milieux sociaux favorisés sont peut-être aujourd'hui plus prompts à défendre leurs intérêts, à trouver des arrangements internes et à éviter l'intervention de tiers »*⁴.

Dans ce contexte, certains des dysfonctionnements propres au traitement institutionnel des violences sexuelles doivent-ils être perçus comme découlant en partie de la nature des dispositifs juridiques en vigueur – parmi lesquelles la définition légale du viol ?

Sur la place relative de la définition actuellement en vigueur dans ce différentiel

En pratique, les procédures qui reçoivent *ab initio* la qualification pénale de viol par le parquet sont perçues comme susceptibles d'échapper à la catégorie du dossier dit de « *parole contre parole* » et donc comme étant susceptibles d'aboutir judiciairement du fait, soit de la temporalité de la dénonciation des faits (flagrance), soit de la présence d'un élément de preuve objectif (médico-légal, testimonial, visuel), soit de la présence d'une pluralité de plaintes, soit de la présence d'éléments permettant d'envisager la caractérisation d'une circonstance aggravante qui viendra renforcer la crédibilité des déclarations de la victime (autorité de droit ou de fait sur la victime, vulnérabilité physique ou psychique de la victime, pluralité d'auteurs, entre autres).

A cet égard, on peut relever une faiblesse structurelle et potentiellement problématique de la rédaction actuelle des textes en matière de viols aggravés. La caractérisation de l'infraction principale et celle de la ou des circonstances aggravantes ne peuvent pas, en l'état actuel du droit, s'opérer de façon distincte, dans la mesure où la caractérisation des secondes permet en réalité de procéder à la caractérisation de la première, à plus forte raison lorsque celle-ci repose sur le critère de la contrainte morale⁵. Quoiqu'il en soit, pour la caractérisation de ces infractions, la définition actuelle invite d'ores et déjà à rechercher l'existence d'une contrainte morale susceptible d'avoir porté atteinte à l'intégrité du consentement de la

4 Véronique Le Goaziou, *op. cit.*

5 Christian Guéry, « On crée le crime en le nommant : pour une redéfinition du viol », in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2020/2 (N° 2), pages 255 à 268

personne, si bien que la réflexion sur la notion de consentement est d'ores et déjà intégrée à la pratique des magistrats.

L'une des principales difficultés est donc celle des faits qui, lorsqu'ils sont portés à la connaissance de l'institution judiciaire, restent en-dehors du champ de ces enquêtes approfondies et font le plus souvent l'objet d'un classement sans suite. Quelques investigations rapides ou de surface, viendront souvent servir de base à une analyse anticipant que ces affaires seraient in-susceptibles d'aller au-delà du « parole contre parole » et viendraient prématurément conclure à l'inutilité d'une enquête plus fine.

Partant de ces constats, une première question doit être posée : quel rôle la définition légale du viol actuellement vigueur joue-t-elle dans la perpétuation de ces dysfonctionnements institutionnels ? Dans ces situations, la définition légale du viol actuellement en vigueur apparaît comme une cause indirecte de ces dysfonctionnements, d'autres facteurs explicatifs commençant à être documentés⁶. En analysant par exemple la façon dont les services de police, premiers récepteurs de la parole, puis les magistrats du parquet procédaient *de facto* à un travail de définition, de *qualification*, du consentement sexuel féminin, il est démontré que ce travail de qualification a lieu à travers la mobilisation d'une interprétation marquée par des représentations partagées par rapport à des « *normes traditionnelles de sexualité* »⁷. Ces représentations se déploient dans trois dimensions : la violence physique et les traces laissées sur le corps ; le type de relation entre le mis en cause et la plaignante, dont seront déduits des éléments pour apprécier la contrainte (sur ce point, il apparaît que plus les parties appartiennent à des milieux sociaux-économiques homogènes ou à des cercles communs de sociabilité - familiaux, amicaux, professionnels - moins des éléments caractérisant l'existence d'une contrainte sont susceptibles d'être retenus) ; enfin une représentation du comportement et des émotions de la plaignante, qui renvoie à l'idée que celle-ci « *doit faire la preuve de sa docilité et de sa souffrance en acceptant toutes les épreuves procédurales demandées par les acteurs pénaux.* »⁸ Des représentations stéréotypées et genrées peuvent tout autant affecter l'appréciation de la crédibilité des déclarations de la plaignante qu'irriguer l'interprétation de l'élément intentionnel de la définition légale actuelle du viol. En dernière analyse, ces représentations viendront nourrir une interprétation restrictive de l'infraction dans sa globalité.

L'existence de telles représentations peut ainsi contribuer à expliquer que l'institution judiciaire considère *a priori* certaines affaires comme dépourvues de tout potentiel probatoire et par conséquent, légitimer le fort taux de classement sans suite.

Pour mémoire, les investigations menées par les parquets ou les juges d'instruction consistent en général – sous réserve d'investigations matérielles, médico-légales, techniques et scientifiques pertinentes en l'espèce – dans l'audition de l'entourage, de l'environnement professionnel, des ex-partenaires de l'un et de l'autre, dans le fait de diligenter des expertises de personnalité, psychologiques, psychiatrique, ainsi que tout acte d'enquête permettant de comprendre le parcours de vie de chacun des protagonistes. Or, il n'est pas rare, y compris en l'absence d'élément de preuve matériel solide, que les auditions de l'entourage et notamment des ex-partenaires du mis en cause donnent lieu à de nouvelles plaintes ou à des déclarations corroborant celles de la première plaignante. Celles-ci viendront renforcer la crédibilité de la première parole portée, alors qu'elle ne s'accompagnait d'aucun élément de preuve objectif (« parole contre parole »). Au regard de ces éléments, et si l'on admet le postulat selon lequel les violences sexuelles et sexistes constituent un problème systémique et ne sont pas la manifestation de simples « loupés individuels », il apparaît incommode de faire, dans les

6 Océane Pérona, « Les « vrais viols » et les autres. La hiérarchie des enquêtes dans les services de police », in *Raison présente*, 2023/3 (N° 227), pages 85 à 93

7 Océane Pérona, « Déqualifier les viols : une enquête sur les mains courantes de la police judiciaire », in *Droit et société* 2018/2 (N° 99), pages 341 à 355

8 Océane Pérona, « *Le consentement sexuel saisi par les institutions pénales : Policiers, médecins légistes et procureurs face aux violences sexuelles* », thèse de doctorat en sciences politiques réalisée sous la direction de Fabien Jobard, soutenue le 23 novembre 2017 à l'Université Paris-Saclay (ComUE)

proportions que laissent apparaître les chiffres sus-évoqués, l'économie d'une enquête approfondie lorsqu'une victime dénonce des faits de viol.

Outre ces éléments et pour compléter l'analyse, certaines fragilités textuelles dans la définition du viol actuellement en vigueur quant au périmètre des hypothèses susceptibles d'être appréhendées peuvent être relevées (voir infra). Partant, une seconde question se pose : l'introduction de la notion de consentement dans la définition légale du viol est-elle de nature à dépasser ces fragilités, et à tout le moins, d'orienter positivement les pratiques judiciaires ?

Sur les fragilités potentielles de la rédaction actuelle de l'article 222-23 du code pénal français

L'article 222-23 du code pénal, dans sa rédaction actuelle, définit le viol comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise* ».

Nonobstant les représentations genrées et stéréotypées susceptibles d'orienter l'appréciation que font les magistrats des éléments de preuves et leurs décisions, le texte lui-même ouvre, aux interprétations potentiellement restrictives ou extensives, susceptibles d'exclure comme d'inclure certaines hypothèses.

En effet, sur le plan théorique, les notions de contrainte, violence, menace ou surprise, restent singulièrement plastiques pour que des magistrats formés et sensibilisés à la question des violences sexistes et sexuelles puissent les interpréter de manière suffisamment large afin d'y intégrer un grand nombre de situations. On peut ainsi formuler l'hypothèse selon laquelle l'abus d'un rapport de pouvoir existant entre la personne visée par la plainte et la plaignante soit considéré comme un élément permettant de caractériser la contrainte morale, sous réserve que la personne mise en cause avait conscience d'abuser de ce pouvoir. De la même manière, la jurisprudence a considéré que l'état de sidération de la victime pouvait théoriquement compter au nombre des éléments constituant la surprise.

Toutefois, il est nécessaire de rappeler que les éléments de contrainte, violence, menace ou surprise sont issus de la jurisprudence de 1857 puis de la loi de décembre de 1980. Dès lors, et bien que reprenant les notions de contrainte ou de surprise telles que « créées » par la Cour de cassation en 1857⁹, ce texte n'a pour autant pas nécessairement été rédigé en vue de couvrir pénalement des situations telles que la pénétration subie en état de sidération ou de dissociation. Même sous l'effet de l'évolution prétorienne de l'interprétation de ce texte depuis 1980, on constate, au contraire, que l'application qui en est concrètement faite par les parquets, les tribunaux judiciaires, les cours d'appel et la Cour de cassation peut expliquer le faible taux de condamnation en matière de viol.

Ainsi, au-delà du niveau de formation et de sensibilisation que nécessite l'appréciation de l'état de sidération ou de dissociation de la part des professionnels, le caractère « implicite » de la contrainte exercée par un auteur - qui n'aura eu qu'à profiter de sa position de domination vis-à-vis de la victime ou de l'état de cette dernière pour contraindre ou surprendre son consentement - est particulièrement difficile à prouver. La difficulté est alors notamment de distinguer chez l'auteur, si celui-ci a effectivement cherché à s'assurer que la personne consentait de façon libre et éclairée à l'acte sexuel.

Dans l'hypothèse où la victime n'aurait pas manifesté son absence de consentement, il s'agit de démontrer que l'auteur était conscient du fait que le rapport de domination existant entre la victime et lui empêchait le refus de cette dernière. Il s'agit alors de vérifier qu'il a profité de cette situation pour commettre l'acte sexuel dénoncé.

⁹ Le crime de 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 de l'action* » (Chambre criminelle de la Cour de cassation, 25 juin 1857, Bull. crim., n o 240 ; S. 1857. 1. 711 ; DP 1857. 1. 314.).

En ce que le caractère flou des notions de violence, contrainte, menace ou surprise permet une interprétation large mais également à des appréciations formatées, voire stéréotypées, une modification de l'article 222-23 devrait – si elle était adoptée – surtout se donner comme objectif de mieux guider, voire de mieux encadrer les magistrats dans leur interprétation, afin de réduire la place laissée à leurs représentations subjectives.

Sur la possibilité de mobiliser en l'état actuel du droit, « l'exploitation induite d'une position dominante, d'un état de vulnérabilité, ou l'incapacité d'une victime à résister du fait par exemple d'un rapport de force par avance très inégal ou de l'état de sidération dans lequel elle peut se trouver pour prouver l'existence d'un viol »

Cette question entre en résonance avec l'appréciation juridique de l'intention du mis en cause, à la lumière du comportement de la victime en présence de certaines circonstances environnantes.

Dans les hypothèses mentionnées de « *l'exploitation d'une position dominante* » et de « *l'exploitation de l'incapacité de la victime à résister du fait d'un rapport de force très inégal ou de l'état de sidération de la victime* », il est possible, en l'état actuel du droit, de démontrer l'existence d'une contrainte morale caractérisant l'infraction de viol. Cette démonstration repose sur trois conditions préalables : le magistrat en charge de l'affaire en cause doit, en premier lieu, identifier la présence de l'une des circonstances susvisées. En deuxième lieu, des éléments de preuve doivent établir que cette circonstance a affecté l'intégrité du consentement de la personne plaignante. Il doit enfin être démontré que la personne mise en cause aurait raisonnablement dû avoir conscience du fait que ladite circonstance affectait le consentement de la plaignante.

A cet égard, la difficulté est essentiellement probatoire et le fait que la définition de la qualification pénale intègre ou non la notion de consentement ne semble pas à elle seule susceptible de neutraliser cet aléa. Toutefois, il convient de souligner que, là encore, des représentations genrées et des stéréotypes sexistes sont susceptibles d'orienter le travail d'interprétation des preuves qui permettent d'apprécier l'élément intentionnel de l'auteur en matière de viol.

Quoiqu'il en soit, la démonstration de l'existence d'une contrainte morale permet ainsi aux magistrats d'en déduire l'absence de consentement : par déduction, il n'y a pas eu de consentement car il y avait contrainte morale. Il n'est d'ailleurs pas rare que la notion soit employée en cours d'audition, d'interrogatoire, dans les prétoires, voire utilisée dans les motifs de la décision.

S'agissant des hypothèses relatives à « *l'exploitation d'un état de vulnérabilité simple d'une personne majeure* », elles semblent renvoyer aux cas non couverts par la circonstance aggravante de vulnérabilité de la victime, qui doit elle, être appréciée *in concreto* par le juge. Autrement dit, il s'agirait des cas non liés à un état de vulnérabilité physique ou psychique lié à l'âge, à une maladie ou à un trouble, ou dû à la précarité sociale ou économique¹⁰. A titre d'exemple, cet état de vulnérabilité simple peut être associé à la situation de la victime en état d'ivresse ou sous l'emprise de stupéfiants, incapable de donner un consentement libre et éclairé. Dans ce cas, la jurisprudence de 1994 selon laquelle « *la contrainte doit s'apprécier de manière concrète en fonction de la capacité de résistance de la victime* » est à double-tranchant. D'un côté, elle ouvre la voie à la prise en compte des circonstances de l'espèce pour déduire de l'incapacité à résister l'existence d'une contrainte morale. De l'autre, elle laisse la possibilité de considérer qu'une victime qui n'a pas « suffisamment » résisté alors qu'elle en aurait eu « la capacité » n'aurait pas subi de viol. Ici, la marge d'appréciation subjective laissée aux magistrats semble très importante.

10 Agnès Cerf-Hollender, « Les vulnérabilités nommées et innommées en matière pénale », in *Cahiers de la recherche sur les droits fondamentaux*, n°18, 2020

A première vue donc, les hypothèses envisagées par la mission d'information peuvent théoriquement, sous l'empire du droit positif, être couvertes par la définition actuelle du viol. A bien y regarder, la tâche est loin d'être aisée, notamment pour des raisons probatoires. Il est tout aussi aisé, en revanche, de considérer de façon hâtive qu'il s'agit de cas entrant dans une « zone grise », qui jamais n'aboutiront à une condamnation, et de clôturer l'affaire sans s'être préalablement donné les moyens d'enquêter de façon minutieuse. Aussi, pour assurer un traitement plus efficace de ces deux hypothèses, la définition actuelle pourrait utilement profiter d'un amendement à visée interprétative conduisant les magistrats à vérifier que la personne mise en cause s'est assurée de la capacité de la personne plaignante à consentir à l'acte.

Sur la proposition de directive européenne et l'adoption par un nombre croissant de pays européens d'une définition pénale du viol fondée sur le non consentement ou l'absence de volonté de la victime conformément à la convention d'Istanbul

Ratifiée par la France, la Convention d'Istanbul impose en son article 36 aux Etats signataires d'ériger en infraction pénale les actes, commis intentionnellement, de pénétration sexuelle et autres actes à caractère sexuel « non consentis » sur autrui. Elle précise que « le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes. »

La prise en compte des circonstances environnantes peut permettre d'imposer aux Etats de ne pas se satisfaire d'une enquête sommaire et de s'éloigner du mythe de l'impossibilité probatoire en cas de « *parole contre parole* », évoqué ci-avant. Sur ce point, la Convention d'Istanbul vient d'ailleurs s'ajouter à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme que les Etats européens – législateur et magistrats – sont censés prendre en considération.

Néanmoins, la définition de ce que recouvrent la « volonté libre » et « les circonstances environnantes », de même que l'interprétation du terme « intentionnellement », sont laissées à l'appréciation du droit interne¹¹. Sur ce point, il est difficile de considérer que les actes sexuels subis en état de sidération ou de dissociation, par exemple, seraient nécessairement mieux couverts par la seule introduction de ces notions dans la définition du viol.

Celles-ci ne prémunissent pas l'interprétation des magistrats de toutes représentations stéréotypées. Si leur introduction dans la définition du viol était couplée à la suppression des éléments de contrainte, violence, menace ou surprise, elle pourrait même, paradoxalement, conduire à focaliser un peu plus l'enquête sur l'attitude, réelle ou supposée, de la victime plutôt que sur celle de l'auteur. Eviter cet écueil, pourrait consister en une définition précise du « non consentement » en listant à la manière anglo-saxonne utilisée par certains Etats, les circonstances environnantes devant guider leur appréciation. Le risque est alors de voir surgir un autre écueil : adopter dans une redéfinition à vocation exhaustive trop rigide négligeant certaines situations qui, à la faveur d'une définition plus souple, auraient pu constituer un viol.

Afin d'aboutir à une rédaction respectant la Convention d'Istanbul d'une part, se prémunissant de ces différents écueils d'autre part, il serait particulièrement pertinent de pouvoir observer l'effet sur les pratiques policières et judiciaires des modifications adoptées par les pays ayant voulu se conformer à ladite Convention. Les caractères extrêmement récents de ces évolutions et multi-factoriel des données statistiques disponibles, n'autorisent pas encore un exercice aussi pertinent. Ainsi, d'après les travaux de l'Insee consacrés aux viols et agressions sexuelles en Europe, ces statistiques – déjà obsolètes – sont particulièrement volatiles et la situation « illustre bien la difficulté à interpréter, à ce stade, un indicateur global et des comparaisons internationales, même en évolution », et s'explique en partie

11 <https://rm.coe.int/16800d38c9>

« par une amélioration de l'enregistrement des plaintes »¹². Même pour ce qui relève de l'analyse plus fine des données récentes émanant des États ayant modifié leur définition, il reste impossible d'identifier le poids de cette redéfinition dans l'amélioration de la prise en charge des victimes : sur ce point, il peut notamment être renvoyé au rapport publié par l'Espagne – dont la définition du viol a changé en 2022 – à destination du GREVIO le 13 février 2024¹³ pour prendre la mesure de l'ampleur des mesures préventives mises en œuvre au-delà de la redéfinition de l'incrimination.

Enfin, en l'état des consultations syndicales internes – nécessaires à l'adoption d'une position collective sur cette question – le Syndicat de la magistrature ne peut pas se prononcer sur l'opportunité d'une extension de l'action de l'Union européenne dans le champ de la définition pénale du viol. Il se limitera à une double observation. La première signale l'attention portée à l'environnement politique du débat, marqué par le reflux de conceptions réactionnaires, virilistes et patriarcales dans la plupart des États de l'Union européenne laissant craindre une transposition *a minima* d'une telle directive. La seconde tend à rappeler l'importance de la place à réserver à la définition du viol qui pourrait potentiellement se dégager – avec non moins d'efficacité – de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement des articles 3 et 8 de la CESDH, cette jurisprudence ayant précisément l'avantage de s'appuyer sur une analyse *in concreto* des situations concernées.

Sur les avantages et les risques à l'introduction de la notion de consentement dans la définition pénale française du viol

L'intégration de la notion de consentement dans la définition du viol est une question délicate, reposant sur un équilibre subtil qui anime encore un débat au sein du Syndicat de la magistrature, au sujet de laquelle aucun consensus ne s'est pour l'heure dessiné.

La notion n'est pas étrangère à la pratique des magistrats confrontés à des affaires de violences sexuelles. Elle a l'immense avantage d'être communément admise et largement utilisée, aussi bien dans les tribunaux qu'à l'école, dans les milieux politiques, militants, féministes que dans les médias. En cela, elle est dotée d'une valeur symbolique, politique et pédagogique certaine. À cet avantage s'ajouterait celui de lever toute ambiguïté sur la conformité du droit français à la Convention d'Istanbul, sous les réserves évoquées ci-avant.

En revanche, le fait que la notion de consentement existe déjà dans certains champs du droit français et qu'elle soit ainsi d'ores et déjà dotée d'une signification juridique pour les magistrats nous semble constituer un point de fragilité au soutien de l'introduction de cette notion dans le cadre spécifique de la définition du viol. Un système fondé sur l'autonomie de la volonté est nécessairement biaisé lorsqu'il existe un rapport de domination entre les personnes en présence – selon le cas, entre les parties ou entre les femmes et les hommes¹⁴. Par exemple, en droit des contrats, le postulat de l'égalité des consentements est faussé en cas de domination économique d'une partie sur l'autre ; cela a conduit, dans certaines situations de domination systémique avérées, à la limitation de la liberté contractuelle de la partie dominante (droit des assurances, droit de la consommation). Plus spécifiquement, le consentement en matière sexuelle reste une notion ne faisant pas l'unanimité¹⁵, complexe, difficile à

12 <https://www.insee.fr/fr/statistiques/5763615?sommaire=5763633>

13 <https://rm.coe.int/grevio-inf-2024-1-spain-1st-thematic-evaluation-round-eng/1680ae0c38>

14 Muriel Fabre-Magnan, Michel Levinet, Jean-Pierre Marguénaud, Françoise Tulkens, « Controverse sur l'autonomie personnelle et la liberté du consentement, in *Droits* 2008/2 (n° 48), pages 3 à 58

15 Catharine MacKinnon, *Le viol redéfini*, 2023, Flammarion, pages 65 à 138

définir¹⁶, déterminée en partie par les structures sociales au sein desquelles il se forme et s'éduque, et qui laisse une place importante à la subjectivité de la personne qui l'interprète.

S'il nous semble évident que l'existence du consentement ne peut être déduit de la simple absence de résistance de la victime, une définition légale postulant qu'un « oui », même clairement exprimé et indépendamment de ses circonstances d'énonciation, suffit à exclure la caractérisation du viol, ne serait pas plus satisfaisante. Elle risquerait en effet d'enfermer des victimes dont le « oui » aurait été extorqué, en raison du contexte, et ainsi d'avoir un effet contreproductif.

Dans ce contexte, l'implémentation de la notion, dépourvue de solides boussoles textuelles guidant l'interprétation des magistrats, risque de conduire aux mêmes écueils que ceux que l'on retrouve dans le droit positif .

Sur les questions relatives aux modalités possibles d'introduction de la notion de consentement dans le droit pénal français

Au bénéfice des éléments développés précédemment sur cette question et dans l'hypothèse d'une redéfinition légale du viol, le Syndicat de la magistrature invite à ce qu'une attention particulière soit portée à la question de l'application de la loi dans le temps. Une rédaction inadaptée qui acterait (notamment dans son exposé des motifs) le fait que certains comportements ne sont pas visés par la définition actuelle – alors que nous avons indiqué qu'ils pourraient l'être, par une interprétation plus large des éléments constitutifs – risquerait d'empêcher définitivement la moindre réponse pénale pour tous les faits commis antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, ce qui serait la source d'une grande injustice pour les victimes concernées. De même, et inversement, une rédaction trop précise et se voulant exhaustive, pourrait paradoxalement conduire à l'exclusion du champ de l'infraction des comportements qui jusqu'alors, pouvaient potentiellement, par la souplesse des notions, constituer des faits de viol, ce qui aurait aussi un effet non seulement sur les faits commis postérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, mais également sur ceux commis antérieurement, les lois pénales plus douces ayant un effet rétroactif (« rétroactivité *in mitius* »).

Par ailleurs, et en cas de conservation textuelle des éléments de contrainte, violence, menace ou surprise, il conviendrait *a minima* de procéder à une redéfinition légale afin d'intégrer la jurisprudence de la Cour de cassation – qui guide les juges du fond mais ne les contraint pas – afin de s'assurer que des situations actuellement génératrices de classements sans suite, non lieu ou acquittements entrent désormais plus clairement dans le champ de l'infraction.

S'agissant de la position de la profession sur cette question, la seule adjonction de la notion de consentement aux critères actuels de violence, contrainte, menace ou surprise pourrait être perçue comme inutile pour les magistrats, qui pour beaucoup tiennent déjà compte de la notion – du moins, de la définition qu'ils s'en font – pour apprécier des faits de viol.

Selon nous, le seul ajout de la notion de consentement ne serait pas de nature à satisfaire à l'objectif recherché – que nous partageons – d'inclusion des actes de pénétration sexuelle obtenus par exploitation de l'état de sidération, de dissociation, de vulnérabilité de la victime ou de position de domination dans la définition du viol,. En effet, si l'adjonction du consentement peut laisser espérer une condamnation plus fréquente des actes de pénétration sexuelle non consentis, restent les cas où en raison des circonstances (par exemple une forte pression couplée à une position hiérarchique), la

16 Manon Garcia, *La conversation des sexes. Philosophie du consentement*, 2021, Paris, Grasset; ainsi que : https://www.lemonde.fr/idees/article/2020/10/14/le-consentement-un-oui-qui-n-en-est-pas-toujours-un_6055923_3232.html

victime a manifesté un consentement et qui pourra être qualifié de libre, alors que l'auteur savait pourtant cette expression contrainte.

S'agissant de l'impact sur le travail d'enquête des magistrats du parquet, des magistrats instructeurs et des services de police et de gendarmerie, et plus précisément sur la recherche de la preuve, celui-ci est guidé par les éléments constitutifs de l'infraction qu'il convient de caractériser. L'ajout de la notion de consentement aurait des conséquences pour celles et ceux qui jusqu'alors travaillaient indépendamment de cette notion. De manière concrète, les questions devront être, lors des auditions et interrogatoires, posées de manière à rechercher si l'auteur a commis les faits de pénétration sexuelle alors qu'il avait conscience de l'absence de consentement de la victime. Néanmoins, l'amélioration du travail des enquêteurs ne repose pas uniquement sur la définition de l'infraction. La qualité de la recherche de la preuve dépend aussi – et surtout – des moyens mis en œuvre pour mener les enquêtes, ce qui nécessite une politique volontariste bien plus large : recrutement et formation d'experts compétents, services d'enquêtes adaptés, spécialisés et suffisamment dotés en moyens humains et matériels, ou encore émancipation de la logique des politiques du chiffre faisant dépendre la qualité d'un agent du nombre d'affaires élucidées.

S'agissant de la formation des magistrats sur ces questions

Compte-tenu de l'ampleur du phénomène des violences de genre, il semble que la sensibilisation des professionnels au contexte historique et social dans lequel elles s'inscrivent et à la nécessité de les penser à la fois à un niveau interpersonnel et à un niveau structurel, soient des préalables absolument nécessaires à la déconstruction des stéréotypes sexistes présents au sein du corps judiciaire comme dans le reste de la société. Cette sensibilisation autorise en outre une approche plus globale des violences intrafamiliales. La **formation initiale** actuellement dispensée à l'École nationale de la magistrature (ENM) s'est incontestablement améliorée depuis quelques années et a pour avantage d'être dispensée systématiquement à l'ensemble des nouvelles promotions. Néanmoins, cette situation connaît des angles morts puisque ni les promotions antérieures à la création de cette formation, ni même une grande partie des magistrats issus de recrutements latéraux, avec une formation à l'ENM réduite, n'en ont bénéficié.

La formation initiale se décline sous la forme de conférences et de directions d'études. Les conférences sont adressées à toute la promotion d'auditeurs et auditrices de justice et sont animées par nombre de personnalités, extérieures au corps judiciaire. Si le contenu de ces formations peut encore être approfondi, notamment pour fournir une approche plus politique des rapports de domination façonnant la société, il a le mérite de transmettre aux futurs magistrats une approche pluridisciplinaire sur les concepts applicables aux victimes d'infractions sexuelles (le psycho-traumatisme ou l'emprise par exemple). Dans les directions d'études, au sein desquelles des magistrats enseignent à des petits groupes d'élèves la technique du jugement, de l'audience et de l'audition, plusieurs dossiers supports restituent de véritables affaires de violences sexistes et sexuelles. Néanmoins, les directions d'études ne prodiguent pas d'enseignements spécifiques sur la manière de mener les auditions de victimes. A ce titre, la marge de progression reste importante.

Aux côtés de la formation initiale, il existe plusieurs **formations continues** proposées par l'ENM (violences au sein du couple, violences sexuelles, concepts en matière de violences faites aux femmes...) qui sont également d'assez bonne qualité et pluridisciplinaires. Il est aussi possible de

candidater au cycle approfondi du phénomène des violences intrafamiliales (CAVIF) afin de suivre plusieurs des formations proposées sur la thématique des violences faites aux femmes, et d'acquérir une expertise.

Néanmoins, ces formations doivent être choisies par les magistrats et attirent en majorité les professionnels déjà sensibilisés. Comme cela a déjà pu être souligné, « *seuls celles et ceux [des magistrats] qui s'intéressent vraiment à ces questions prennent le temps de se former. Or ce sont les juges sexistes, qui ne savent pas qu'ils le sont, voire qui le nient, qu'il faudrait atteindre. Le poids des stéréotypes que les magistrats ont intégrés est énorme. Quelques magistrats osent prendre des décisions en rupture avec ces stéréotypes mais ils sont peu nombreux.* »¹⁷.

Il convient par ailleurs de rappeler que de nombreux magistrats¹⁸ renoncent au moins partiellement à leur obligation de formation continue, moins en raison d'un manque de volonté ou de motivation que du fait de leur charge de travail¹⁹. Nous avons ainsi revendiqué la consécration d'un droit à la formation, *a fortiori* pour les magistrats désignés comme membres ou coordonnateurs des nouveaux pôles spécialisés en matière de violences intrafamiliales. Par ailleurs, nous avons demandé à ce que ces magistrats soient inscrits prioritairement par l'ENM aux formations correspondant à leurs missions. Outre le fait d'assurer une formation à celles et ceux qui souhaitent se spécialiser en matière de violences intrafamiliales, la consécration d'un tel droit aurait pour effet d'améliorer l'attractivité des fonctions de membre ou coordonnateur de pôle VIF. En effet, les fonctions de référent en juridiction sont actuellement peu convoitées, ce qui se comprend aisément : cela constitue une charge de travail supplémentaire sans décharge d'activité en parallèle, ainsi qu'une responsabilité accrue dans une matière particulièrement sensible, sans que pour autant l'accès à une formation solide ne soit garantie. Cette configuration est de nature à décourager des personnes qui s'intéressent pourtant au contentieux des violences intrafamiliales de se porter candidat à de telles missions.

S'agissant de la formation, un autre levier peut être mobilisé : celui des formations de changement de fonctions, bénéficiant à tous les magistrats qui évoluent d'une fonction à l'autre. Il s'agit de formations obligatoires (sauf exception), d'une durée de 2 semaines pour la partie théorique. Il apparaît important d'utiliser ce temps de formation pour mieux sensibiliser les futurs procureurs, juges d'instruction, juges correctionnels, les juges aux affaires familiales, les juges des enfants ou encore les juges de l'application des peines à la spécificité des violences sexistes et sexuelles.

17 Catherine Le Magueresse « La plupart des magistrats appliquent un droit sexiste : celui des hommes d'accéder aux corps des femmes » Propos recueillis par Nolwenn Weiler – Basta ! – 23 Mai 2022

18 Pour l'année 2021, l'École nationale de la magistrature relevait qu'en 2021, seuls 43% de magistrat·es avaient accompli les 5 jours de formation annuelle obligatoire.

19 Voir sur ce point : <https://www.syndicat-magistrature.fr/toutes-nos-publications/nos-guides-et-livrets/2538-enquete-sur-la-charge-de-travail-dans-la-magistrature-l-envers-du-decor-2.html>