

Paris, le 15 juin 2018

12-14 rue Charles Fourier

75013 PARIS

Tel 01 48 05 47 88

Fax 01 47 00 16 05

Mail : [contact@syndicat-magistrature.org](mailto:contact@syndicat-magistrature.org)

site : [www.syndicat-magistrature.org](http://www.syndicat-magistrature.org)

Twitter : @SMagistrature

**Observations du Syndicat de la magistrature  
sur le projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes  
adopté par l'Assemblée nationale**

L'exposé des motifs du projet de loi pose d'emblée l'objectif du gouvernement : le « renforcement de notre arsenal législatif ». Déjà entendu à plusieurs reprises au Sénat et à l'Assemblée nationale, le Syndicat de la magistrature regrette que la question de la lutte contre les violences sexuelles et sexistes soit principalement abordée par ce prisme. Le syndicat avait ainsi eu l'occasion de saluer, dans de précédentes observations, les conclusions du *groupe de travail de la commission des lois du Sénat sur les infractions sexuelles commises à l'encontre des mineurs*, en ce qu'était justement regrettée la focalisation de la réflexion sur la réponse pénale, alors « qu'il semble nécessaire de permettre une reconnaissance et un accompagnement des victimes d'infractions sexuelles, déconnectés du procès pénal ».

Le Syndicat de la magistrature n'en partage pas moins le constat que les violences sexuelles sont aujourd'hui trop peu jugées. Des progrès ont certes été faits : dans la désapprobation sociale qui entoure désormais ces actes, et qui s'est exprimée de manière de plus en plus vive ces derniers mois, dans le recueil de la plainte par des services qualifiés et dans la prise en compte des enfants victimes, par le report du point de départ de la prescription à leur majorité. Il reste cependant beaucoup à faire pour mettre en mesure les personnes de faire le choix de déposer plainte si elles le jugent nécessaire. Hélas, les évolutions en la matière ont trop souvent emprunté une voie législative, à sens unique de surcroît, notamment via l'aggravation de la répression (peines encourues, mesures de sûreté fondée sur une dangerosité impalpable, régime dérogatoire d'exécution des peines et fichage nuisant à la réinsertion) et l'allongement des délais de prescription. L'action des pouvoirs publics devrait prioritairement se porter sur l'amplification des actions de prévention et les moyens propres à favoriser l'expression des victimes au plus près des faits.

Le gouvernement est heureusement revenu sur son intention initiale d'instaurer une présomption irréfragable de non consentement attachée à un seuil d'âge pour les mineurs. Seul l'avis du Conseil d'Etat, et non les arguments de raison que nous avons développés aux

côtés d'autres organisations, et d'ailleurs repris par le groupe de travail du Sénat, aura fait reculer le gouvernement sur ce point.

Les autres dispositions pénales prévues dans le projet n'en sont pas moins critiquables, soit en ce qu'elles n'ajoutent rien à l'état du droit et répondent simplement à une logique d'annonce, soit en ce qu'elles instaurent des infractions ou incriminations symboliques inapplicables et/ou d'une constitutionnalité douteuse, soit en ce qu'elles tentent d'aggraver inutilement et sans vision d'ensemble la répression de faits déjà pénalement appréhendés.

Les ajouts réalisés par l'Assemblée nationale lors de l'adoption du texte accentuent cette tendance marquée à la prolifération pénale sans cohérence ni discernement.

**Nos observations sur ces nouveaux points sont encadrées.**

### Sur l'article 1 instaurant un délai de prescription de 30 ans à compter de la majorité des victimes mineures

Nous savons combien il est complexe pour les victimes de certains crimes et délits de déposer plainte. Soit qu'elles sont dans un rapport d'emprise, soit qu'elles ont peur, honte, ou qu'elles se sentent à tort responsables, soit que, pour survivre, elle occultent les faits pendant une période de leur vie. Nous savons aussi que lorsqu'elles osent enfin parler, elles sont difficilement entendues.

Ce chantier n'est pas législatif, il est sociétal : il engage les représentations communes - sur les rapports de genre, le consentement, l'attitude face aux « secrets de famille » - et les dispositifs d'aide et d'accompagnement à l'école, au travail, dans les services médicaux et sociaux puis dans les commissariats ou les gendarmeries et en justice. Ces évolutions sont lentes par nature, et la tentation peut être grande, face à des souffrances qui s'expriment parfois trop tard, de tenter d'emprunter la voie de l'allongement de la prescription.

S'il est absolument essentiel - et c'est l'état du droit - que le délai de prescription ne coure qu'à compter de la majorité, la tendance à l'allongement constant des délais n'est pas une réponse adéquate à la souffrance qui s'exprime.

Le législateur ne doit pas ignorer les traductions concrètes de cet allongement de la prescription. S'agissant de faits commis dans l'intimité, les constatations matérielles sont d'autant plus difficiles que la dénonciation est tardive. Les procédures sont alors, le plus souvent, constituées principalement de témoignages. Avec le temps, la fragilité de ces déclarations, celles de la personne qui accuse comme celles de l'entourage qui étaye ou éclaire son propos, augmente. Il en résulte des dépositions contradictoires. Les magistrats, sont alors confrontés à des questionnements lourds : faut-il poursuivre et condamner sur la base quasi exclusive de cette parole au motif que le caractère fragile et imprécis des dénonciations n'est en rien la preuve d'une parole mensongère mais l'effet de déterminants sociaux et psychologiques ? Au risque de condamner à tort ?

Il n'est ainsi pas rare que les plaintes introduites tardivement soient classées sans suite ou aboutissent à un non-lieu. Quelle que soit la crédibilité de la parole d'une victime, elle ne

peut à elle seule et sans autre élément fonder une condamnation dans un Etat de droit, qui se doit d'assurer à tous un procès équitable. Les recherches produites autour de l'amnésie traumatique sont invoquées pour justifier l'allongement des délais. Pourtant, elles ne font pas consensus dans la communauté scientifique, et surtout, si elles sont susceptibles d'indiquer que la personne a subi un traumatisme, elles ne résolvent aucunement les difficultés précédemment évoquées relatives à la preuve.

De fait, déjà, de nombreuses procédures se soldent par des non-lieux ou des classements sans suite, la justice signifiant souvent aux plaignants qu'elle croit à la sincérité de leur dénonciation mais ne peut la traduire devant une juridiction, faute de preuves suffisantes. Or ces décisions, quelles que soient les précautions prises par la justice pour les expliquer aux plaignants, sont interprétées toujours de la même manière : « je n'ai pas été cru ». Cette interprétation de la décision, qui de vérité judiciaire devient vérité tout court, est aussi celle des observateurs extérieurs. C'est ainsi qu'au sujet de la décision du parquet de Pontoise de poursuivre un mis en cause pour atteinte sexuelle sur mineur de 11 ans et non plus viol, tous les commentaires ont été unanimes : la justice avait considéré que « la mineure était consentante ». L'analyse des décisions n'a jamais lieu sur le terrain complexe de la preuve et de la difficulté de son administration.

Parallèlement, la capacité de la personne accusée à se défendre est, elle aussi, mise à mal : apporter des éléments objectifs contestant l'accusation – des moyens parfois essentiels, comme l'a montré l'affaire d'Outreau – devient quasi impossible des décennies après les faits.

Même lorsque l'institution fait le choix de renvoyer devant une juridiction de jugement, la condamnation éventuelle, parce qu'elle devra prendre en considération l'ancienneté des faits, ne peut plus apaiser. L'écoulement du temps rend la justesse et la justice impossibles.

Laisser croire le contraire, c'est nourrir les victimes d'illusions et de faux espoirs. C'est à des situations plus délicates, plus difficiles encore pour elles que conduirait une telle réforme, quand leurs attentes se briseront sur l'impossibilité pour la justice de mettre à jour les preuves. C'est oublier que parmi les principes qui sous-tendent notre justice, il y a celui selon lequel le doute profite au prévenu ou à l'accusé, et que cela se traduit dans les mots par des décisions appelées « non-lieu », « relaxe » et « acquittement », douloureusement vécues.

Nous pensons dès lors qu'il est illusoire et contraire au droit à un procès équitable d'envisager un tel allongement de la prescription. Nous soutenons, dans une perspective inverse, que les actions de prévention doivent être amplifiées dans les écoles, le secteur médico-social, mais aussi à destination de l'ensemble des citoyens pour lutter contre les silences imposés dans les familles, facteurs de plaintes tardives. Il faut là aussi améliorer les conditions dans lesquelles les plaintes sont reçues.

Enfin, lorsque le délai de prescription est échu, il est possible d'envisager des méthodes inspirées de la justice restaurative. Depuis la loi du 15 août 2014, la justice restaurative a intégré le spectre des mesures susceptibles d'être mises en œuvre sous le patronage de l'autorité judiciaire dans le cadre de l'exécution d'une peine. La suggestion que le Syndicat de la magistrature formule ici se départit de ce cadre juridique, puisqu'il s'agirait de

proposer, sur la base du volontariat pur et de manière totalement déconnectée de la voie pénale, une démarche de justice restaurative malgré l'acquisition de la prescription.

Cela impliquerait de réaliser un travail délicat de mise en présence, dialogue et réflexion commune sur les dommages causés à la victime des faits, les répercussions d'ordre personnel, familial, plus largement social afin d'envisager des solutions susceptibles de permettre à chacun de reprendre le cours de sa vie de la manière la plus apaisée possible. La justice restaurative recouvre traditionnellement des situations diverses, mettant en présence des auteurs et des victimes sans lien ou, parfois, un auteur et la victime des faits qu'il a commis.

Habituellement, c'est en cours d'exécution de la peine, en détention ou en milieu ouvert, que cette démarche est proposée, sur la base d'un strict volontariat et souvent après un certain temps pour les personnes détenues. Dans le cas d'affaires prescrites, les possibilités d'y recourir seraient évidemment soumises aux mêmes conditions de volontariat mais, au delà, en dehors de tout cadre pénal. Cela suppose évidemment que l'auteur reconnaisse les faits dont il a été accusé et qu'il accepte, malgré l'absence de suites pénales, d'entrer dans cette démarche. Il reste également à déterminer qui peut être à l'initiative de cette démarche : doit-elle être proposée à la victime et à la personne qu'elle accuse dans le cadre d'une notification du classement sans suite à raison de la prescription des faits ? Doit-elle être laissée à la stricte initiative des victimes ? Si l'auteur d'une infraction prescrite souhaite entamer ce processus, comment cette demande peut-elle être reçue ?

Enfin, cette démarche ne répondra pas à toutes les attentes, elle ne sera vraisemblablement pertinente que dans certains cas, mais il ne faut pas fermer la voie à ces méthodes, dans un souci d'apaisement.

### **Sur l'article 2 relatif à la répression des abus sexuels sur les mineurs**

Le III de l'article 2 ne suscite pas d'opposition de notre part : la question subsidiaire de l'atteinte sexuelle peut ne pas être posée par le président de la Cour d'assises dans une volonté de ne pas introduire dans le débat un élément susceptible d'affaiblir l'accusation. Si elle est prévue par la loi, la question subsidiaire sera posée dès lors que l'infraction est contestée par l'accusé.

L'article 2-I-1 du projet de loi prévoit, après le vote d'une nouvelle rédaction par l'Assemblée nationale, que la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour consentir à ces actes, formule se substituant à celle du projet initial (elle peut 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).

L'Assemblée nationale a par ailleurs ajouté dans cet article (article 2-I-2) une modification de l'incrimination de viol qui ne figurait pas dans le projet initial, en prévoyant que qu'il s'agit d'une pénétration sexuelle commise sur « ou avec » la personne d'autrui.

Elle a enfin, concernant la qualification pénale d'inceste (article 2-I-5), prévu que celle-ci pouvait être retenue même lorsque la victime n'était pas une personne mineure, et qu'elle pouvait être caractérisée par des relations entre cousins germains, lorsqu'ils ont sur la victime une autorité de droit ou de fait.

L'article 2-I bis, ajouté au projet de loi à l'initiative de l'Assemblée nationale, aggrave la peine encourue pour l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans en prévoyant une peine de 7 ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende au lieu de 5 ans et 75 000 euros actuellement encourus, et modifie légèrement la rédaction de l'incrimination en prévoyant qu'elle est caractérisée « hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle » et non plus « sans violence, contrainte, menace ou surprise ».

L'article 2-II aggrave la peine encourue pour l'infraction d'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans sans contrainte en prévoyant une peine de 10 ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende lorsqu'un acte de pénétration sexuelle est commis sur « ou avec » la victime, nouvelle circonstance aggravante créée par la loi.

#### **- Sur l'article 2-I-1**

Notre droit pénal appréhende le mineur de 15 ans comme une personne devant être particulièrement protégée, et pose le postulat de son immaturité en matière sexuelle, qui justifie en soi l'existence d'une incrimination pénale lorsqu'un majeur commet sur lui des actes de cette nature.

D'une part il existe déjà une infraction pénale caractérisée par l'existence d'un seuil d'âge de 15 ans. Il s'agit de l'infraction d'atteinte sexuelle, qui punit de cinq ans d'emprisonnement tout acte à caractère sexuel commis par un majeur sur un mineur de 15 ans, que le mineur ait été ou non consentant. La loi tire ainsi des conséquences de la fixation d'un âge de maturité sexuelle. Il n'existe donc pas d'impunité à cet égard. Elle pose le principe de ce que tout acte sexuel sur un mineur de moins de 15 ans est en soi condamnable, sans exiger de caractériser aucune contrainte, menace, violence et indépendamment de toute questions de consentement.

La définition des incriminations de viol et agression sexuelles, leur interprétation dans la jurisprudence et les circonstances aggravantes existantes comportent elles-aussi une protection particulière du mineur. Si le viol et l'agression sexuelle sont caractérisés par la violence, ou la menace, ou la contrainte, ou la surprise, ces éléments ne sont évidemment pas cumulatif, et la jurisprudence interprète les notions de contrainte et de surprise en retenant la possibilité d'une contrainte morale, et pas seulement physique. Ainsi, l'analyse de la jurisprudence montre que la surprise est caractérisée par le fait d'obtenir des faveurs sexuelles en trompant la victime sur la situation réelle ou en abusant de sa difficulté à appréhender celle-ci : le consentement donné n'est alors pas considéré comme libre et éclairé. Cette analyse conduit à considérer, pour les jeunes mineurs, qu'ils ne peuvent en aucun cas consentir à un acte sexuel. La jurisprudence retient que la surprise peut être caractérisée quand la personne a une personnalité fragile ou des troubles psychologiques. De ce fait, et conformément à l'arrêt de la Cour de cassation ayant statué en ce sens pour un

enfant de 5 ans - sans pour autant limiter la surprise comme on l'entend souvent à tort dans le débat public aux enfants de moins de 5 ans, les magistrats retiennent régulièrement cet élément de surprise ou de contrainte morale pour caractériser le viol à l'âge de la préadolescence ou de l'adolescence, en se livrant à une analyse in concreto.

Enfin, la loi du 8 février 2010 a introduit une disposition selon laquelle la contrainte peut être caractérisée par la différence d'âge et la relation d'autorité entre l'auteur et la victime (conditions cumulatives selon l'interprétation du Conseil constitutionnel). Par ces dispositions, la loi traduit là encore que le mineur ne peut être considéré de la même manière que le majeur : il découle de ces éléments que le consentement de la victime est, dans un tel cas de figure, non éclairé.

Dans ce contexte, la précision introduite par l'article 2-I dans le projet de loi paraissait simplement superfétatoire, même si elle ne soulevait pas en soit d'opposition de notre part. La description des éléments susceptibles de caractériser la contrainte morale ou la surprise correspondait dans la version initiale du projet à la jurisprudence telle qu'elle est actuellement appliquée par les juridictions.

La rédaction retenue par l'Assemblée nationale est plus problématique, car ambiguë : par la forme affirmative, elle peut laisser entendre que ces éléments seraient caractérisés sans qu'il soit besoin d'en rapporter la preuve, ce qui, comme le Conseil d'Etat l'a rappelé dans son avis, ferait encourir au texte la censure pour inconstitutionnalité. Il apparaît donc que cette disposition ne peut être interprétée que comme exigeant de rapporter la preuve, au cas d'espèce, de la vulnérabilité de la victime, de l'abus de cette vulnérabilité par le mis en cause, et de l'absence de discernement de la victime pour consentir à l'acte sexuel. Dans cette interprétation, la seule conforme à la Constitution, le texte ne change rien à la jurisprudence actuelle. En revanche, le texte apporte de la confusion, ce qui est contraire à l'objectif de lisibilité de la loi.

Cette nouvelle disposition fait suite à plusieurs décisions de justice dans lesquelles étaient concernées des mineures de 11 ans. Un certain nombre de commentaires font dire à ces décisions ce qu'elles ne disent pas : notamment, que la justice aurait « dit que ces mineures étaient consentantes ».

C'est oublier que le viol, comme toute infraction, ne peut être retenu que lorsque les preuves en sont rapportées aussi bien en ce qui concerne l'élément matériel - une pénétration sexuelle imposée par la menace, ou la contrainte ou la violence ou la surprise - que l'élément intentionnel du crime. Le viol suppose, pour être caractérisé, de montrer non seulement que le mineur victime n'était pas consentant - au sens d'un consentement éclairé - mais aussi que l'auteur avait conscience d'une opposition à l'acte sexuel ou du fait que la victime ne pouvait valablement consentir.

C'est sur le terrain de la preuve que la justice se place, et la preuve de l'élément intentionnel notamment : il est ainsi concevable que la preuve de tous ces éléments ne soit pas rapportée même lorsqu'une jeune pré-adolescente est la victime. Par exemple, dans le cas où le refus n'a pas été explicitement exprimé par la victime, il est possible que l'auteur n'ait pas eu conscience que l'absence d'opposition ne valait pas consentement ou que le

consentement exprimé était en soi vicié. Cela dépend notamment de la connaissance que pouvait avoir l'auteur de son âge réel, de sa maturité psychologique, notamment parce qu'il l'aurait supposée majeure sur la base de son apparence physique, mais cela peut également être lié à la nature de leur relation. Cela ne signifie pas pour autant que la justice considère que « la victime était consentante ». Ou que les juridictions, comme on peut le lire dans l'exposé des motifs, se livrent à « des débats (...) parfois contestables quant à la possibilité pour un mineur en dessous d'un certain âge de consentir en toute connaissance de cause à un acte sexuel avec une personne majeure ».

Au demeurant, il convient de relever que l'âge à partir duquel un tel débat serait contestable ne paraît pas bien établi, même pour ceux qui défendaient l'idée d'un seuil de présomption irréfragable. Dans les débats sur l'âge pertinent, il n'existe pas de consensus.

La question de l'existence du consentement éclairé ne peut être appréciée qu'au cas par cas, en fonction de la personnalité, du degré de maturité du mineur, des circonstances des faits et de la relation. Il existe à cet égard une distinction, parfois subtile, entre la notion de surprise qui correspond à un consentement non éclairé au sens retenu par la jurisprudence, et le fait qu'un mineur peut vouloir sincèrement et entièrement une relation sexuelle, alors que sa maturité psychique n'est pas entière - et que cette relation sexuelle ne se déroulera pas alors dans des conditions parfaitement satisfaisantes à ses yeux, avec le recul. Un autre cas de figure est enfin celui d'un mineur de 15 ans ayant des relations sexuelles parfaitement consenties et épanouissantes.

Il convient au demeurant de rappeler que l'appréciation de ces éléments complexes n'est jamais celle d'un seul magistrat : le choix d'une qualification pénale par le parquet peut être contesté devant la juridiction saisie, un classement sans suite peut être suivi d'une constitution de partie civile devant le juge d'instruction, dont les décisions peuvent faire l'objet de recours devant la chambre de l'instruction statuant de manière collégiale. Les décisions collégiales du tribunal correctionnel peuvent elles-mêmes être contestées en appel, les décisions de cour d'appel prises par un jury composé de neuf membres peuvent être contestées en appel devant une cour composée de 12 membres.

Au final, ce qui peut être analysé comme des divergences entre les décisions correspond bien souvent à des réponses pénales qui prennent en compte l'ensemble des éléments, complexes et difficilement appréhendables à partir d'un simple résumé de l'affaire, qui sont jugés. Ainsi, si le principe que le gouvernement souhaite faire inscrire dans la loi ne suscite pas d'opposition de notre part, il ne sera pas possible de saisir l'ensemble des situations concernées dans la formule retenue.

#### **Les propositions alternatives du Syndicat de la magistrature :**

- Sur l'incrimination de viol

Le Syndicat de la magistrature aurait été davantage favorable à une clarification de l'incrimination de viol, en privilégiant la clarté dans l'expression de l'interdit. Ce crime pourrait être défini par référence à l'absence de consentement, et à la conscience que

l'auteur pouvait raisonnablement avoir de l'absence de consentement. La rédaction actuelle n'en est pas éloignée sur le plan philosophique, exigeant de prouver les moyens par lesquels l'auteur outrepassa l'absence de consentement à travers la notion de contrainte, de violence, de surprise ou de menace. La modification n'aurait donc pas pour objet de permettre la répression d'actes qui ne seraient pas actuellement incriminés. La notion de surprise a certes été détaillée par la jurisprudence mais demeure incongrue et peu comprise des victimes : y substituer la référence plus large au consentement, qui englobe toutes les formes d'imposition de l'acte sexuel est donc de bonne législation. Elle aurait pour effet une plus grande lisibilité : si une personne n'est pas consentante pour l'acte sexuel et que l'auteur pouvait en avoir conscience, il y a viol (ou agression sexuelle).

- Sur les conditions de recueil de la preuve

Comme cela a déjà été dit, le vrai et principal aléa dans ces procédures – et il est malheureusement trop important – tient à la question du recueil de la preuve. Le Syndicat de la magistrature partage le constat selon lequel les procédures aboutissent trop peu. Pour que cette situation change, il faut que la parole de la victime puisse s'exprimer moins difficilement et plus tôt, ce qui engage des transformations sociétales – heureusement en cours – et qu'elle soit recueillie dans de meilleures conditions.

Si les faits ne sont pas dénoncés immédiatement – et parfois même lorsque la dénonciation est rapide – il n'y a pas ou très peu d'éléments de preuve biologique. Un débat a été initié par certaines organisations autour de constats neurologiques, via des IRM faisant état de trauma, mais de telles constatations ne sont que le signe de l'existence d'un traumatisme, ce qui ne permet pas de caractériser sa nature, ni évidemment de désigner son auteur.

C'est donc sur des témoignages, des faisceaux d'indices (ex : difficultés scolaires, problèmes d'attention, problèmes alimentaires...) que se fondera la justice. Or, certains sont plus ou moins objectivables, d'autres peuvent être différés dans le temps : les conséquences d'un traumatisme peuvent ainsi n'apparaître qu'après un laps de temps important.

La preuve de l'absence de consentement, déjà délicate, ne peut suffire : il faut également établir que l'auteur en avait conscience. La caractérisation de cette absence est très déterminée par l'appréhension sociale de la notion, qui est fortement empreinte d'une culture du viol. Ainsi, la critique portée contre le déroulement des investigations est légitime mais les écueils ici constatés (et violemment ressentis par les victimes) sont souvent aussi le reflet des perceptions sociales majoritaires autour du consentement à une relation sexuelle.

Des pratiques policières (mais aussi judiciaires) peuvent être difficilement ressenties : c'est le cas d'interrogations poussées sur les relations passées entretenues avec l'auteur, l'habillement, l'attitude vis à vis de l'agresseur, les pratiques sexuelles habituelles, le rappel des incidences d'une dénonciation calomnieuse etc.

L'enquête ne peut pas éluder certaines questions très sensibles. Mais, en pratique, une vigilance est de mise afin qu'aucune question inutile à la manifestation de la vérité ou remarque déplacée ne soit imposée lors du dépôt de plainte sur les pratiques sexuelles habituelle, sur le « risque » qui aurait été pris par la victime à se promener seule, s'habiller

de telle ou telle façon, suivre une personne, s'alcooliser, entamer des préliminaires, autant de remarques inacceptables qui laissent penser que la victime pourrait être responsable des faits....

L'interrogatoire devrait se limiter aux questions sur des détails nécessaires à l'exposé précis des faits. Cela peut induire des questions sur l'habillement ou sur des attitudes vis à vis de la personne accusée, qui pourront également être durement ressenties mais ne peuvent pas être éludées. Dès lors qu'il faut recueillir au plus vite des éléments, il n'est de fait pas possible de « préserver » la ou le plaignant.

Au sein du ministère de la Justice, cette préoccupation existe et a fondé la rédaction d'un guide de la direction des affaires criminelles et des grâces en 2015 sur la prise en charge des mineurs victimes et d'un document rédigé par la MIPROF en juillet 2016 sur l'audition par les magistrats des victimes de violence au sein du couple et les violences sexuelles. Ce dernier document permet d'interroger les pratiques, mais certaines de ses recommandations peuvent être en décalage avec les obligations pour les magistrats d'établir les charges sans préjuger des faits et en restant impartial.

Sur le plan de l'organisation du dépôt de plainte, des progrès ont été faits. Il existe notamment des dispositifs d'accompagnement spécifiques des victimes dans les commissariats, impliquant des permanences par des psychologues, parfois à toute heure. Des formations ont été construites au profit des enquêteurs non seulement sur l'audition mais aussi de manière plus générale sur l'accueil des victimes. Cependant, de telles formations ne sont souvent suivies que par les personnes déjà sensibilisées à la question. A titre d'exemple, sur le ressort de Nancy, une infirmière spécialisée en psychiatrie détachée de l'hôpital notifiait les classements en entretien et faisait l'interface avec le CHU pour les experts et les rendez-vous. Ce dispositif était intéressant mais n'a pu prospérer, faute de crédits.

Les dispositifs de recueil de parole des mineurs sont assez généralisés mais un retour en arrière a pu être constaté. Les financements ayant permis l'aménagement de salles spécifiques, l'achat de matériel et surtout, la formation à l'audition du mineur, qu'elle soit filmée ou non, se sont taris.

La prise en charge des victimes passe par des professionnels formés et convaincus. La féminisation des métiers de la police et de la gendarmerie a « naturellement » conduit à affecter des femmes dans les brigades des mineurs, même lorsqu'elles n'étaient pas volontaires ni formées. Le turn over dans ces services est parfois important. Il serait pertinent d'encourager une plus grande permanence sur ces postes par exemple par le biais des conditions de rémunération et d'instaurer les conditions pour un passage de relais des compétences par les professionnels déjà formés qui souhaitent partir.

En Espagne, pour les enfants très jeunes, un psychologue spécialiste de l'enfance s'entretient avec le juge ou le procureur pour définir le but et l'objet de l'interrogatoire, puis mène seul l'interrogatoire. Les professionnels sont dans l'obligation d'éviter la confrontation visuelle du mineur témoin ou victime avec la personne mise en examen tout en permettant un interrogatoire direct. Ces dispositifs ne sont pas nécessairement transposables et

peuvent avoir des écueils (recours à la visioconférence, forme de « privatisation » du travail judiciaire entre les mains de personnes ne disposant pas des mêmes garanties et obligations en terme d'indépendance et d'impartialité) mais il est possible de s'en inspirer. Par exemple, il peut être opportun que le juge soit assisté pour certaines auditions ou que la justice prévoie une prise en charge spécifique avant ou après l'audition.

Enfin, la mise en cause de la responsabilité civile peut être un recours opportun pour la victime. Toutefois, la difficulté probatoire demeure. Surtout, avec l'allongement des prescriptions en matière pénale, cette voie est de moins en moins pertinente, les délais étant relativement comparables. En effet, aux termes de l'article 2226 du code civil, « l'action en responsabilité née à raison d'un événement ayant entraîné un dommage corporel, engagée par la victime directe ou indirecte des préjudices qui en résultent, se prescrit par dix ans à compter de la date de la consolidation du dommage initial ou aggravé. Toutefois, en cas de préjudice causé par des tortures ou des actes de barbarie, ou par des violences ou des agressions sexuelles commises contre un mineur, l'action en responsabilité civile est prescrite par vingt ans. La limitation par l'article 2232 des effets des reports, suspensions et interruptions de la prescription n'est de surcroît pas applicable en la matière.

#### **- Sur l'article 2-I-2**

L'adoption du texte semble correspondre à la volonté de l'Assemblée nationale de retenir une qualification différente de celle qui résulte de la jurisprudence de la Cour de cassation lorsque l'auteur de la pénétration est la victime, et qu'elle lui est imposée par l'auteur.

Si le principe d'une gravité équivalente de tels actes ne paraît pas devoir être contesté, la rédaction n'est pas suffisamment précise pour être clairement compréhensible.

#### **- Sur l'article 2-I-5**

Le Syndicat de la magistrature s'était opposé lors de l'adoption du texte à la qualification pénale d'inceste qui ne modifie pas la peine encourue et est purement symbolique. Il n'est donc pas davantage favorable à l'extension de cette qualification aux majeurs.

Pour les mêmes raisons, il manifeste sa totale hostilité à l'extension de la liste des personnes pouvant justifier cette qualification aux cousins. Cette extension serait manifestement contraire à l'état de la société, car si un viol entre cousin est un viol incestueux, cela signifie que la relation entre cousins est une relation incestueuse. La condition supplémentaire qui est posée, à savoir l'autorité de droit ou de fait dans la relation – qui est totalement indépendante de la notion d'inceste et ne peut donc servir à la qualifier – ne peut pas davantage la justifier.

#### **- Sur l'article 2-I bis et l'article 2-II**

La peine encourue est de 5 ans d'emprisonnement, 10 ans lorsqu'une circonstance aggravante est retenue, notamment lorsque les faits d'atteinte sexuelle sont commis par une personne ayant autorité sur la victime. Cette peine paraît correspondre à une gradation satisfaisante par rapport à l'infraction d'agression sexuelle, dans laquelle un élément supplémentaire de gravité existe en raison de la contrainte exercée par l'auteur, cette infraction étant elle-même punie de 10 ans lorsqu'elle commise sur un mineur de 15 ans.

Aucune étude ou remontée de terrain ne permet d'affirmer que la peine de 5 ans actuellement encourue serait insuffisante pour répondre aux faits d'atteinte sexuelle, qui répriment non pas des faits imposés, mais une atteinte aux bonnes mœurs.

Que ce soit en augmentant la peine encourue ou en ajoutant une circonstance aggravante pour les faits de pénétration sexuelle, le législateur entre dans la logique de l'infraction balais, qui permettrait de prononcer une lourde peine d'emprisonnement en correctionnelle pour des faits initialement qualifiés de viol et pour lesquels la caractérisation de l'infraction ne serait pas certaine. La modification de la qualification de l'atteinte sexuelle est en ce sens : si elle ne change rien au fond, elle supprime la mention selon laquelle de tels faits sont commis « sans violence, contrainte, menace ou surprise ».

Une telle modification des textes assurerait de beaux jours aux pratiques de correctionnalisation des viols déjà massives, et dont le Syndicat de la magistrature critique le principe.

En tout état de cause, toute modification des seuils de peine encourus mériterait de s'inscrire dans une réflexion plus globale sur les peines encourues en matière d'infractions sexuelles, qui sont parmi les plus lourdes en Europe. Cette réflexion vaut au demeurant tant pour les peines encourues que pour les peines effectivement prononcées.

En outre, l'augmentation de la pénalisation de l'atteinte sexuelle réduit l'écart de répression avec l'agression sexuelle et le viol, au risque d'une banalisation relative d'actes que le recours à la contrainte rend beaucoup plus graves.

### **Sur l'article 3 relatif au délit de harcèlement sexuel et de harcèlement moral**

L'article 3 du projet de loi vise à instituer une nouvelle forme d'incrimination des harcèlements moral et sexuel, en prévoyant que l'élément constitutif n'est plus le caractère répété des agissements, mais le fait qu'ils soient « imposés à une même victime de manière concertée par plusieurs personnes ».

Ces nouvelles incriminations se heurtent à plusieurs difficultés. D'une part, la secrétaire d'Etat à l'égalité entre les femmes et les hommes a expliqué qu'elles avaient vocation à répondre au « cyber-harcèlement en meute ». Il s'agit là encore d'une infraction dont la preuve sera particulièrement difficile à rapporter, pour démontrer notamment le caractère concerté des propos ou comportements, notamment pour des faits commis par la voie d'un service en ligne. Il apparaît d'ailleurs que de tels faits peuvent être le résultat d'un effet

d'entraînement entre plusieurs personnes davantage que d'un stratagème véritablement concerté.

Sans doute consciente de cet écueil, l'Assemblée nationale a tenté de le combler en ajoutant deux autres cas dans lesquels les faits imposés par plusieurs personnes n'auraient pas à être répétés pour être caractérisés : lorsqu'ils sont commis par plusieurs personnes à l'instigation de l'une d'elles, et lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition. La preuve que les personnes « savent », surtout lorsque les faits sont commis par le biais d'internet par des personnes qui peuvent se cotoyer par ailleurs, sera elle aussi difficile à rapporter. En outre, il s'agit là d'une réduction de l'élément intentionnel de l'infraction, devenant peu compatible avec la notion de harcèlement.

D'autre part, il existe une impossibilité juridique à prévoir une telle incrimination pour l'infraction de harcèlement sexuel en l'état du droit. En effet, l'article 222-33 du code pénal prévoit une aggravation de la peine encourue lorsque ces faits sont commis par plusieurs personnes agissant en qualité de coauteurs ou de complices. Or il est de jurisprudence constante du Conseil constitutionnel qu'un même élément matériel (la pluralité d'auteurs) ne peut à la fois constituer un des éléments constitutifs de l'infraction et une de ses circonstances aggravantes, sauf à encourir le grief d'atteinte au principe de légalité des délits et des peines<sup>1</sup>.

#### **Sur l'article 4 relatif à l'instauration d'une contravention d'outrage sexiste**

Le gouvernement persiste, malgré l'avis négatif du Conseil d'Etat, à inclure dans le projet de loi des dispositions relevant du règlement, s'agissant de l'instauration d'une nouvelle contravention. Il est difficile d'en saisir les raisons, et les explications de la secrétaire d'Etat à l'égalité entre les femmes et les hommes lors de la présentation du projet de loi ne nous éclairent guère plus, celle-ci ayant évoqué dans la confusion et la contradiction les plus totales l'instauration d'un « délit d'outrage sexiste puni d'une amende de classe 4 ».

Une contravention de 4<sup>ème</sup> classe, qui pourrait faire l'objet d'une amende forfaitaire (donc sur seule décision de l'agent constatant l'infraction, sans passer par le juge) est prévue pour l'outrage sexiste, qui deviendrait une contravention de 5<sup>ème</sup> classe lorsque commis avec une circonstance aggravante.

Il vous sera impossible en droit d'adopter une telle disposition, sauf à tordre les principes les plus élémentaires de la hiérarchie des normes.

Sur le fond, s'il est indispensable que le harcèlement de rue ne soit plus toléré dans notre société, nous sommes convaincus que la solution ne réside pas dans la pénalisation de tels comportements, sur lesquels on concentrerait les moyens de la nouvelle police de proximité,

---

<sup>1</sup> Décision n°2014-448 du 6 janvier 2015

en éludant ceux qui se nichent dans d'autres relations de domination (notamment dans le milieu professionnel).

Cette pénalisation, a priori forfaitisée, poserait de nombreuses difficultés concrètes pour l'identification puis la poursuite des auteurs notamment. Sauf à ce que l'infraction se déroule directement sous les yeux d'un agent chargée de la relever, ce qui sera très rare, elle imposerait la mobilisation de moyens disproportionnés pour caractériser une simple contravention et, à défaut, nourrirait la déception des personnes qui subissent de tels faits. L'affirmation symbolique du rejet de ces pratiques ne peut justifier un écueil bien connu, l'accumulation de lois pénales de pur affichage, sans se soucier de leur impact réel. Il n'y aurait au demeurant aucun effet de dissuasion, a fortiori sur des comportements que notre société considère hélas toujours avec une grande ambivalence.

C'est à un travail profond d'éducation et de prévention, pour lutter contre les structures hétérosexistes de notre société qui font de toute femme un objet disponible au désir masculin, qu'il faut s'attaquer. Ni la police, ni la justice ne mettront fin à ces pratiques que seul un changement social radical pourra les éradiquer.

Conscients que sauf à être constaté directement par un agent sur la voie publique, l'infraction ne serait jamais poursuivable, les députés ont prévu que les procès verbaux constatant les contraventions, y compris la contravention aggravée de 5<sup>ème</sup> classe, pourraient être dressés par des agents de police judiciaire adjoints (adjoints de sécurité, policiers municipaux, gardes champêtres...) et des agents affectés aux transports collectifs de voyageurs, afin de multiplier les constats directs. Si la loi permet déjà à ces agents de relever des contraventions au code de la route pour les premiers, au transport pour les seconds, il s'agit d'infractions dont les éléments constitutifs relèvent uniquement de constatations matérielles. La constatation de l'infraction d'outrage sexiste, supposant de caractériser un « comportement à connotation sexuelle ou sexiste ou à raison de son sexe, de son identité de genre ou de son orientation sexuelle, réelle ou supposée, qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit créé à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante », ou des circonstances aggravantes telles « Sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur » suppose une caractérisation très précise des faits constatés et une appréciation laissant une large part à l'interprétation. Ces agents ne sont en aucun cas formés pour une telle tâche. Le fait de la leur confier est d'autant plus grave que, s'agissant d'une contravention pouvant faire l'objet d'une amende forfaitaire, aucun contrôle d'un magistrat ne s'exercerait à priori sur le constat fait par l'agent.

L'Assemblée nationale a par ailleurs ajouté dans la liste des peines complémentaires encourues l'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes, qui paraît quelque peu redondant par rapport au stage déjà prévu de responsabilisation pour la prévention et la lutte contre les violences au sein du couple et les violences sexistes. Ce faisant, elle tente de renforcer l'aspect « éducatif » des réponses pénales susceptibles d'être prononcées mais elle occulte les limites de stages dont l'efficacité est très relative, ainsi que la dimension financière, puisque le coût du stage est

mis à la charge de la personne. Le Syndicat de la magistrature est hostile à l'ajout de cette peine complémentaire, dans la mesure où elle ouvre la voie à un emprisonnement sans commission de fait nouveau. En effet, la non exécution d'un stage est une infraction qui fait encourir, outre une amende, une peine d'emprisonnement de deux ans (article 434-41 du code pénal).

Par ces ajouts, les députés mettent en lumière la contradiction inhérente à la création de cette infraction : voulant répondre à la critique selon laquelle elle ne pourrait être caractérisée que si elle était constatée dans un cadre flagrant, c'est à dire quasiment jamais, ils agrègent des agents publics supplémentaires chargés de les constater, qui ne sont en aucun cas formés pour relever ce type d'infraction, ni pour la qualifier. De surcroît l'amende forfaitaire, que les députés tentent ainsi d'industrialiser, est une réponse pénale bien éloignée de toute logique de prévention ou d'éducation, pourtant seule à même d'agir sur la réalité des comportements.

### **Sur les nouvelles dispositions pénales ajoutées par l'Assemblée nationale (article 3 bis)**

Les députés ont ajouté un nouvel article prévoyant la circonstance aggravante suivante « Alors qu'un mineur de quinze ans était présent au moment des faits et y a assisté », pour toute une série d'infractions, notamment les violences quelles que soient leur gravité.

Le Syndicat de la magistrature est opposé à l'ajout de cette circonstance aggravante.

Il est bien évident que les violences – notamment les violences habituelles – ont des conséquences lourdes sur les enfants qui en sont témoins. Une prise en charge au titre de la protection de l'enfance ou une prise en compte dans le cadre du contentieux des affaires familiales peuvent d'ailleurs se justifier sur ce seul fondement

Mais c'est bien dans le cadre de ces prises en charge (et d'autres, extra-judiciaires, relevant du secteur médico social) que cette problématique doit être traitée et non par la voie pénale, et son outil devenu tristement classique : la circonstance aggravante. A titre d'exemple, il existe déjà plus de 20 circonstances aggravantes des faits de violences, dont la liste s'allonge de manière incessante ces dernières années dans une pure logique d'affichage, alimentant une inflation pénale que le Syndicat de la magistrature combat.

### **Sur la clause de style concernant l'évaluation de la loi (article 4 quater)**

Cet article prévoit que « Les mesures prises sur le fondement de la présente loi font l'objet d'une évaluation d'impact qui s'appuie sur une démarche rigoureuse et sur une multiplicité de critères. Dans la deuxième année qui suit la date d'entrée en vigueur de la présente loi, cette évaluation fait l'objet d'un rapport transmis au Parlement ».

La faiblesse des conditions posées concernant cette évaluation, notamment quant à leurs auteurs, et aux critères, dont on sait seulement qu'ils seront « multiples », montre qu'il

s'agit uniquement de communiquer à travers cette disposition, sur le fait que la loi sera évaluée.

Le gouvernement a déjà montré la manière dont il entend évaluer son projet à travers les « consultations » qu'il a organisées avant la présentation de son projet de loi : communiquant largement sur le caractère concerté de la rédaction du texte, il s'est bien gardé d'entendre à ce stade les organisations professionnelles, malgré notre courrier à la secrétaire d'Etat chargée de l'Egalité entre les femmes et les hommes et à la garde des Sceaux et nos différentes relances auprès de cette dernière. C'est un rapport d' « experts », sept personnes choisies par le gouvernement dans la plus grande opacité, qui aura tenu lieu de consultation préalable.

