

## **Répression des violences sexuelles, allongement la prescription, présomption de non consentement pour les mineurs : notre analyse**

OBSERVATIONS DU SYNDICAT DE LA MAGISTRATURE DEVANT LE GROUPE DE TRAVAIL SÉNATORIAL SUR LES VIOLENCES SEXUELLES

mercredi 20 décembre 2017

*Les observations sont rédigées sur la base du questionnaire élaboré par le groupe de travail.*

### **Sur la question des infractions sexuelles commises sur les mineurs :**

Les violences sexuelles, notamment celles subies par les mineurs, sont aujourd'hui trop peu jugées. Des progrès ont pourtant été faits : dans la désapprobation sociale qui entoure désormais ces actes, et qui s'est exprimé de manière de plus en plus vive ces dernières semaines, 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 chacun de faire le choix de déposer plainte s'il le juge 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. A nouveau, plutôt que d'amplifier les actions de prévention et de penser les moyens propres à favoriser l'expression des victimes au plus près des faits, le gouvernement annonce une réforme législative, incluant un allongement supplémentaire du délai de prescription ou la présomption irréfragable de non consentement en dessous d'un seuil d'âge donné.

### **Est-il souhaitable d'allonger le délai de prescription concernant les infractions sexuelles commises sur les mineurs ?**

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 aient 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 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 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 autres éléments 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, 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 années

après les faits.

Même lorsque l'institution fait le choix de renvoyer devant un tribunal, 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. 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 procès équitable d'envisager un tel allongement de la prescription. Nous soutenons au contraire 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. 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 tenter 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 leur 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 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.

### **Est-il souhaitable d'aménager la charge de la preuve concernant les viols et agressions sexuelles commis sur mineurs ? Que pensez-vous d'un seuil d'âge en deçà duquel la condition de contrainte est nécessairement remplie ?**

Notre droit pénal appréhende le mineur de 15 ans comme une personne devant être particulièrement protégée concernant les violences sexuelles, 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. Contrairement à certaines affirmations, ce délit n'institue pas déjà une présomption irréfutable de non consentement liée à l'âge, puisque l'incrimination est absolument indifférente au consentement de la personne mineure. 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 ou surprise et sans faire état de la question du 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 cumulatifs, et la jurisprudence interprète les notions de contrainte et 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 proposition d'instaurer une présomption de non-consentement sur la base d'un seuil d'âge, figurant dans la question posée, a pour objet de répondre à une émotion qui, si elle est légitimement ressentie dans le débat, ne saurait conduire à adopter une réponse univoque dans le but d'automatiser une réponse qui, par nature, ne peut l'être.

Elle 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 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 ».

Dans ces conditions, la proposition d'instaurer un seuil d'âge en dessous duquel une présomption irréfragable de non consentement du mineur serait posée n'est pas une réponse adaptée. En matière pénale, on ne contourne pas à une difficulté probatoire par la suppression de conditions essentielles de l'élément moral.

Inadaptée parce qu'elle poserait dans le marbre de la loi une vérité contraire à la réalité : si l'on prend l'exemple d'un seuil fixé à 15 ans, peut-on affirmer qu'en dessous de 15 ans un mineur ne peut jamais consentir ? Qu'une mineure de 14 ans qui aurait des relations sexuelles dans le cadre d'une histoire d'amour avec un jeune majeur de 18 ans aurait forcément été violée ?

Précisément, la réalité démontre l'excès de cette proposition. Dans les débats sur l'âge pertinent (13 ans ou 15 ans) il n'existe d'ailleurs pas de consensus, parmi les personnes qui soutiennent cette proposition, sur l'âge à partir duquel tout acte sexuel serait par essence un viol. Il découle de tout cela qu'il ne faut pas instituer un seuil rigide obligeant à condamner dans tous les cas de figure pour viol. Il faut bien mesurer qu'une fois que ce serait inscrit dans la loi, le juge n'aurait d'autre choix que de déclarer coupable pour viol, quelles que soient les circonstances. Les partisans d'une telle présomption ont invoqué l'opportunité des poursuites comme un possible garde-fou. Cela n'est pas entendable : on ne peut pas imaginer que des actes qualifiés de viol par la loi, via le mécanisme de la présomption irréfragable, pourraient ne pas être poursuivis, au motif que la réalité des faits contredirait la présomption absolue posée par le texte.

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, que les défenseurs du seuil semblent ignorer, est celui d'un mineur de 15 ans ayant des relations sexuelles parfaitement consenties et épanouissantes. La loi doit-elle venir poser un âge qui serait le même pour tous, en affirmant que sous ce seuil, l'ensemble de ces situations se résumerait à une absence totale de consentement ? La gradation actuelle entre des faits qualifiés d'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans - qui englobe d'ailleurs la dernière situation - et le viol paraît la plus adaptée pour distinguer, dans chaque cas de figure, entre ces situations.

Proposition inadaptée aussi parce qu'elle écraserait la question de l'intentionnalité de l'auteur des faits. La loi prévoit une sanction très lourde (20 ans de réclusion criminelle) contre les auteurs d'un viol sur mineur à raison de la gravité de l'acte sexuel imposé. Par le biais d'une présomption irréfragable, on imposerait la même sévérité de manière automatique, au motif qu'aucun mineur de moins de tel ou tel âge ne serait en mesure de consentir, la répression en perdrait son sens.

Le Conseil constitutionnel ne dit pas autre chose, lorsqu'il juge, à plusieurs reprises, que « le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ». Le Conseil n'admet ainsi que les présomptions établies à titre exceptionnel, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable (CC. 99-411 DC, 16 juin 1999, cons. 5 et 6, Journal officiel du 19 juin 1999, page 9018, Rec. p. 75 ; CC 2009-580 DC, 10 juin 2009, cons. 17 et 18, Journal officiel du 13 juin 2009, page 9675, texte n° 3, Rec. p. 107).

Il ne s'agit pas ici d'un juridisme pointilleux, mais bien de la traduction du principe fondamental de présomption d'innocence en matière pénale, qui interdit de considérer automatiquement établie une infraction sans examiner que ses éléments constitutifs sont bien caractérisés dans chaque espèce. A plus forte raison une telle présomption concernant un crime puni de 20 ans de réclusion ne saurait exister.

Le gouvernement semble en avoir pris conscience : après les premières annonces tonitruantes, les dernières déclarations de la ministre de la Justice et de la secrétaire à l'égalité entre les femmes et les hommes étant moins assurées concernant le caractère irréfragable de la présomption.

Il convient de préciser à cet égard que si seule une présomption simple était finalement retenue, la réforme ne changerait pour ainsi dire rien à l'application de la loi, au regard de la jurisprudence actuelle, précédemment rappelée.

Au demeurant, le gouvernement prétend mettre un terme, par le biais d'une automatisation à ce qu'il perçoit comme le fruit d'un arbitraire du juge.. Il convient à cet égard de rappeler que la décision 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.

D'autre part, comme cela a déjà été dit, le vrai et principal aléa dans ces procédures tient à la question du recueil de la preuve et à cet égard, l'adoption d'un seuil d'âge n'aura pas pour effet l'automatisation voulue : il faudra toujours prouver l'existence même de l'acte sexuel, souvent contesté, et la connaissance par l'auteur de l'âge de la victime.

Le Syndicat de la magistrature partage le constat selon lequel les procédures aboutissent trop peu. Pour que cette situation change, c'est sur les conditions du recueil de la preuve qu'il faut peser : 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 - ce qui est l'objet d'autres questions posées par votre groupe de travail.

La question de la preuve appelle une dernière remarque : il est souvent dit que c'est à la victime d'apporter la preuve qu'elle a subi un viol, la preuve qu'elle n'était pas consentante, charge qu'il serait ô combien inéquitable de lui faire supporter. Cela ne correspond pas à la réalité : c'est le procureur de la République, le juge d'instruction lorsqu'il est saisi qui doivent recueillir l'ensemble des éléments en ordonnant à cette fin tous les actes d'enquêtes nécessaires, des auditions de témoins ayant côtoyé les protagonistes de l'affaire dans un temps proche des faits aux expertises psychologiques, et au recueil des éléments matériels lorsqu'ils existent - éléments plus faciles à réunir lorsque la plainte est déposée rapidement après les faits.

Enfin, il convient de rappeler que lorsque la preuve de l'absence de consentement de la victime n'est pas suffisamment rapportée, ou celle de la conscience de l'auteur d'avoir surpris le consentement de la victime, la loi punit l'acte sexuel commis à travers l'infraction d'atteinte sexuelle : il n'existe ainsi pas de vide juridique dans cette situation.

C'est d'ailleurs une observation qu'il convient de mettre en lien avec l'argument selon lequel des seuils d'âge pour retenir le viol existeraient partout en Europe. Dans son « Avis pour une juste condamnation sociétale et judiciaire du viol et autres agressions sexuelles », le Haut conseil à l'égalité entre les femmes et les hommes préconise l'instauration d'un seuil d'âge - 13 ans - en dessous duquel les mineurs sont présumés ne pas avoir consenti à un acte sexuel avec une personne majeure, en citant à l'appui de sa proposition d'autres pays ayant adopté un tel seuil. Mais l'existence de ces seuils ne suffit pas. Une analyse des législations et des peines encourues dans les pays cités montrent que certaines de ces législations, sans considérer automatiquement établie l'infraction de viol en dessous de ce seuil, instaurent, comme en France, un seuil de majorité sexuelle interdisant tout acte sexuel d'un majeur sur un mineur, sans poser la question du consentement. La véritable question est celle de l'échelle des peines, de la gravité attachée respectivement aux infractions de viol, et d'actes sexuels commis sur des mineurs de moins de 12, 13, 14, 15, ou 16 ans, selon les pays. Il convient à cet égard de relever qu'en France, la peine encourue pour le viol - 15 ans, 20 ans pour le viol sur mineur - est bien plus élevée que dans la plupart des autres pays en Europe. Instaurer une présomption irréfragable de viol en France en l'état du droit n'aurait ainsi pas les mêmes conséquences juridiques que dans d'autres pays, dans lesquels cette infraction n'est pas considérée comme un viol mais comme une infraction spécifique, et dans lesquels les peines encourues sont différentes.

(...)

---

L'intégralité des observations figure en pièce jointe