

Qui ne dit mot consent ?

L'exemple du droit espagnol.

Marion LACAZE,

Maître de conférences à l'Université de Bordeaux,
Univ. Bordeaux, ISCJ, UR 4633, F-33000 Bordeaux, France

Colloque

Les infractions sexuelles en question(s) :

Retour sur les dernières évolutions législatives et jurisprudentielles,

dir. Elisa Baron, Institut Droit et économie de Périgueux, 28 mars 2023.

Depuis le début de cette journée, il a beaucoup été question de la place du consentement dans les infractions sexuelles en France, et du rythme des annonces et réformes qui se sont succédé ces dernières années. Comme cela a été montré, ces réformes ont été nombreuses et, on l'a vu, d'une clarté et d'une cohérence pas toujours évidentes.

Les questions qui se posent en France se posent aussi, et sans grande surprise en Espagne. Dans les 2 pays, elles sont très médiatisées et déclenchent les passions. Le cadre juridique de la réflexion est globalement à peu près identique : les 2 pays appartiennent au modèle romano-germaniques de droit écrit, sont membres du Conseil de l'Europe, et sont signataires de la Convention d'Istanbul.

L'Espagne est par ailleurs souvent citée en exemple, voire érigée en modèle, en matière de violences faites aux femmes et d'infractions sexuelles contre les mineurs. On sait que la loi de 2004, qui a créé les " juges spécialisés contre les violences faites aux femmes " a inspiré la création de l'ordonnance de protection en 2010. On se souvient, peut-être, que lors des débats sur la réforme de 2018, l'idée d'une " présomption irréfragable d'absence de consentement du mineur à l'acte sexuel avait pris appui sur un prétendu âge légal du consentement en Espagne.

Le droit espagnol est, de façon générale, un peu mieux préservé que le droit français, contre le phénomène des lois adoptées à des fins de communication politiques en matière pénale. Non que l'instrumentalisation de la fonction expressive du droit pénal ou le "populisme pénal " n'existent pas, mais, parce que la loi pénale, en ce qu'elle touche nécessairement aux droits et libertés fondamentaux, ne peut être modifiée que par une loi organique, c'est-à-dire une loi adoptée, dans son ensemble, par une majorité absolue au congrès des députés. Chose d'autant plus difficile à atteindre que le mode de scrutin de la chambre basse est proportionnel, et les courants politiques relativement nombreux.

C'est toutefois à la suite d'un fait divers, médiatisé jusque dans notre pays en 2016, qu'a été engagée la réflexion à l'origine de la réforme des infractions sexuelles dont je vais vous parler aujourd'hui. Il s'agit de l'affaire dite de « la Manada », c'est-à-dire « la meute », nom que cinq jeunes adultes s'étaient auto-attribués dans un groupe Whatsapp. L'affaire s'est déroulée pendant les fêtes de la *San Fermín*, à Pampelune. Au petit matin, une jeune femme de 18 ans en état d'ébriété, avait

accepté de les suivre et de se trouver dans un hall d'immeuble, où elle a été pénétrée de différentes façons par chacun des protagonistes. Une partie de la scène a été filmée par deux des participants, et partagée sur Whatsapp, et la vidéo montre une attitude neutre et passive de la victime. Dans un premier temps, les faits ont été poursuivis sous la qualification d'abus sexuels, et non de viols : aucune violence n'avait été exercée à son encontre, et l'« intimidation », proche de notre contrainte, n'avait pas été retenue en l'absence de résistance de la victime. Cette qualification initiale, qui sera finalement cassée par le Tribunal Suprême en 2019, avait provoqué de vives réactions et d'importantes manifestations dans tout le pays, en écho au mouvement *me too*. Le gouvernement de droite de l'époque avait alors saisi la Commission générale de Codification, autorité consultative dépendant du ministère de la Justice, pour envisager une réforme de ces qualifications. Très critiquée car initialement composée exclusivement d'hommes, la commission comportera finalement des femmes et tranchera dans le sens d'une extension de la notion d'agressions sexuelles. Il faudra toutefois attendre le 6 septembre 2022 pour que les infractions en cause soient modifiées par la loi 10/2022. Il sera réducteur d'y voir une simple réponse à ce fait divers car son domaine et son ambition sont bien plus larges. Cette loi, dite de « *garantie intégrale de la liberté sexuelle* », affiche clairement, dans son exposé des motifs, son positionnement féministe et « intersectionnel ». Sa volonté est de parvenir à une protection générale des victimes, et en particulier des personnes vulnérables, ou plutôt susceptible d'être discriminées pour différents motifs, contre la victimisation primaire et secondaire. Le rôle du droit pénal y paraît tout à fait secondaire, relégué aux « dispositions finales », alors que le cœur de la loi est consacré à des mesures de détection, de prévention, d'accompagnement des victimes et de formation des personnels impliqués, au-delà de la sphère judiciaire. Le prisme, clairement, n'est pas punitif. Comme le déplorent de nombreux auteurs et la ministre de l'égalité Irene Montero, ce sont pourtant les dispositions pénales qui occupent tout l'espace médiatique depuis l'entrée en vigueur, le 7 octobre dernier, de la loi dite du « *solo sí es sí* », ou « seul un oui est un oui ». Désormais, tout acte sexuel requiert un consentement explicite, sans quoi il tombe sous le coup de la loi pénale.

Mais plus que l'extension du domaine des agressions sexuelles, revendiquée, ce qui fait scandale sont les conséquences inattendues, et clairement contraires à l'esprit du texte, que cette réforme a produit sur les affaires en cours et même passées. Dans sa recherche d'une réforme équilibrée le législateur a en effet négligé les principes d'application de la loi pénale dans le temps ... et provoqué une importante crise politique et judiciaire. Des personnes condamnées sur le fondement des dispositions antérieures ont été libérées en application des dispositions plus favorables de la loi nouvelle, et d'autres ont vu leurs peines réduites. La ministre a ainsi dénoncé la « prévarication / forfaiture » des juges, accusés d'interpréter la loi de façon abusive par « machisme » et une nouvelle réforme est d'ores et déjà envisagée.

Mais alors, qu'en est-il de la place du consentement en droit espagnol positif ?

Pour reprendre les termes du débat espagnol, où celui-ci se situe-t-il, entre féminisme punitif et conservatisme patriarcal ?

Si l'on regarde la loi nouvelle et ses premières applications, la réponse est assez nette. La *ratio legis* assumée est celle d'un changement de paradigme qui place le consentement au cœur de la législation pénale. Que ce soit dans les incriminations ou dans les règles relatives à la pénalité, les distinctions majeures sont construites sur l'existence ou l'inexistence du consentement, une protection particulière étant réservée aux personnes incapables de consentir, de façon temporaire

ou permanente. Mais en ne voulant pas céder à un excès de punitivisme, et en n'adoptant pas de dispositions transitoires, la loi a créé une situation catastrophique au regard de la sécurité juridique, et assez étonnante, à certains égards, pour le juriste français.

On va le voir plus précisément en étudiant en premier lieu le paradigme du consentement et la qualification des infractions sexuelles (I) et, en second lieu, le paradigme du consentement et la proportionnalité des peines (II).

I. Paradigme du consentement et qualification des infractions sexuelles

Depuis la loi du « *solo sí es sí* », toute relation sexuelle non précédée d'un consentement, exprès et positif, par une personne capable d'un tel consentement, est une infraction pénale. Plus précisément, il s'agit désormais d'une agression sexuelle (A), incrimination dont l'élargissement a conduit à une reconfiguration des actes concernant les mineurs de 16 ans (B).

A. L'extension de la qualification d'agressions sexuelles

Avant la réforme de l'automne dernier, le droit espagnol distinguait entre agressions et abus sexuels, chaque catégorie prévoyant des peines plus lourdes en cas de pénétration. Pour qu'une agression sexuelle ou un viol soit retenu, il fallait que l'atteinte sexuelle ait été imposée par la violence ou l'intimidation. Même si elle était désignée comme une atteinte à la liberté sexuelle, l'incrimination reposait essentiellement sur le comportement de l'auteur et l'absence de consentement n'était, en quelques sortes, que la conséquence implicite et insuffisante, de la qualification. L'abus sexuel, en revanche, se définissait négativement, comme une atteinte non consentie à la liberté ou à l'intégrité sexuelle, sans violence ni intimidation. Il pouvait résulter de l'abus d'une situation d'abolition de la volonté de la victime ou de l'abus d'une situation de supériorité.

La loi 10/2022 supprime la distinction entre agressions et abus sexuels, en même temps que toute exigence relative au comportement de l'auteur.

1. La consécration légale de l'absence de consentement comme élément qualifiant

Constitue désormais une agression sexuelle au sens de l'article 178.1 du code pénal tout « acte qui porte atteinte à la liberté sexuelle contre son consentement », étant précisé qu'« il n'y a consentement que si celui-ci a été manifesté librement par des actes qui, au regard des circonstances, expriment de façon claire la volonté de la personne¹ ».

Le législateur ajoute dans l'alinéa suivant qu'il y a « *dans tous les cas* » agression sexuelle quand les actes sont réalisés en employant « *la violence, l'intimidation ou l'abus d'une situation de supériorité ou de vulnérabilité de la victime* ». De la même façon, l'infraction est constituée pour des actes commis sur des « *personnes privées de discernement ou en abusant d'une situation mentale quand la volonté de la victime a été*

¹ Art. 178.1

abolie par une cause quelconque», hypothèse destinée à englober, notamment, les intoxications médicamenteuses, chimiques ou alcooliques.

2. Extension de la répression et assimilations légales des catégories antérieures

La réforme a ainsi pour conséquence une assimilation légale des catégories antérieures d'agressions et d'abus sexuels, ainsi qu'une criminalisation nouvelle de tout acte sexuel non explicitement consenti. On observe toutefois que ce consentement peut être exprimé de n'importe quelle manière et est apprécié *in concreto*, au regard des circonstances. La réponse au problème soulevé par l'affaire de « la meute » est sans équivoque : la passivité de la victime, son absence d'opposition aux actes commis sur sa personne suffiraient aujourd'hui, sans aucun doute, à retenir le viol.

Mais cette définition élargie des agressions sexuelles ne pouvait intervenir sans reconfiguration, des atteintes sexuelles sur mineur de 16 ans.

B. La reconfiguration des atteintes sexuelles sur mineur de 16 ans

Quoi que l'on ait pu entendre lors des débats français relatifs aux dernières réformes des atteintes sexuelles sur mineur, le droit espagnol ne connaît pas, et n'a jamais connu, de véritable « seuil de consentement » à l'acte sexuel, et moins encore de présomption irréfragable d'absence de consentement. Avant la réforme, le droit espagnol distinguait également, pour les mineurs, entre les agressions sexuelles et les abus sexuels, avec ou sans pénétration pour chaque catégorie. Et s'il existait une présomption, tout au plus s'agissait-il d'une présomption réfragable d'abus sexuel pour les mineurs, de 16 ans depuis 2015, de 13 auparavant². Les actes réprimés étaient toutefois- et sont toujours- plus larges, pour inclure les comportements réalisés par l'intermédiaire d'un tiers, et c'est sans doute plus original, ceux que le mineur réalise sur lui-même sur instigation de l'auteur (masturbation, en particulier).

1. Agressions sexuelles et actes sexuels sur mineur

L'élargissement de la notion d'agression sexuelle étudié pour les majeurs se retrouve, dans la loi 10/2022, dans les atteintes sexuelles sur mineur de 16 ans. Constituent ainsi des agressions sexuelles sur mineur tout acte non explicitement consenti par le mineur, y compris, donc, ce qui constituait auparavant un abus³. Mais si la catégorie d'abus sexuel disparaît, comme chez les majeurs, il ne faudrait pas y voir la consécration de l'indifférence du consentement du mineur.

D'une part, cette catégorie étendue d'agression sexuelle n'est pas la seule applicable. Il demeure, à ses côtés et à un niveau de répression identique à celui auparavant attribué aux abus sexuel sur mineur, une incrimination des « actes sexuels sur mineur de 16 ans »⁴. On comprend alors que cette infraction est constituée quand il existe un consentement du mineur à l'acte sexuel considéré. Il n'y a donc pas de présomption irréfragable de non-consentement. Mais existe-t-il alors une inviolabilité

²V. Circular 1/2017, de 6 de junio, sobre la interpretación del art. 183 quater del Código Penal.

³ 181.2

⁴ 181.1

sexuelle du mineur ? Un seuil d'âge en-deçà duquel le consentement serait de toute façon absolument inefficace ?

2. Consentement du mineur et cause d'irresponsabilité

Pas vraiment. La réforme a en effet conservé une cause d'irresponsabilité spécifique, conditionnée par le consentement du mineur⁵. Ainsi, l'article 183 *bis* du code pénal prévoit d'autre part que la responsabilité pénale est « *exclue* » lorsque les actes sexuels⁶ sont librement consentis par le mineur et que l'auteur des faits est une personne « *proche du mineur par l'âge et le degré de développement ou de maturité physique ou psychologique* ». Les critères sont sans doute assez flous, ce qui peut apparaître problématique au regard de l'exigence de prévisibilité du droit pénal. Ils ont le mérite d'éviter les « effets de seuils » et de permettre une analyse *in concreto* longtemps chère au droit pénal des mineurs...

Quoi qu'il en soit, s'agissant du domaine de la répression et des qualifications applicables, la loi nouvelle est incontestablement plus sévère que le droit antérieur et, s'agissant des majeurs, que le droit français. Dès lors que le droit espagnol connaît le principe constitutionnel de non-rétroactivité de la loi pénale de façon encore plus absolue que la France, on pouvait penser que la réforme ne poserait pas de difficultés d'application de la loi dans le temps : les comportements nouvellement incriminés ne peuvent – évidemment - être réprimés que s'ils sont postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Même chose pour l'application de l'infraction d'agressions sexuelles aux cas précédemment qualifiés d'abus sexuels. C'était sans compter les conséquences de la réforme sur les peines encourues.

II. Paradigme du consentement et proportionnalité des peines

L'objectif de la réforme 10/2022 était avant tout la protection des victimes, et non une plus grande sévérité dans la répression des auteurs. L'exposé de motifs du projet de loi manifeste par ailleurs un souci de respecter le principe de proportionnalité des peines. Or, le paradigme du consentement s'est traduit, comme on vient de le voir, par l'assimilation légale de comportements à la gravité très diverse, sous la qualification d'agressions sexuelles. Pour prendre en considération cette diversité sans céder au punitivisme, le législateur espagnol a profité de la persistance d'une fourchette de peine encourue : il n'a pas modifié les peines maximales (A) mais seulement abaissé les peines minimales (B). [*Projeter le schéma*]

A. L'absence de modification des peines maximales

L'extension de la catégorie des infractions sexuelles ne s'est pas accompagnée d'une augmentation des peines maximales encourues. Celles-ci restent les mêmes, que les infractions soient simples ou aggravées, et la peine ne sera plus lourde que si la qualification est modifiée (l'abus qui devient agression).

⁵ 183 *bis*

⁶ En réalité, tout le chapitre sauf agression sexuelle

On observera d'ailleurs que les agressions sexuelles par violences ou intimidation ne sont pas davantage réprimées que les autres, seule étant exclue la possibilité de retenir la circonstance atténuante fondée sur la faible gravité des faits.

La plus ou moins grande gravité du comportement se trouve, conformément au paradigme choisi, ainsi relégué au second plan. Elle n'est ainsi désormais prise en compte qu'au titre d'éventuelles circonstances aggravantes, parmi beaucoup d'autres, sans que leur liste n'ait été sensiblement modifiée par la réforme. Il existe ainsi des circonstances aggravantes objectives, comme la pluralité de participants, ou attachées à la situation de la victime, comme sa vulnérabilité particulière, permanente ou temporaire, et issue de facteurs personnels ou sociaux divers⁷. On peut souligner qu'il existe une circonstance aggravante fondée sur le lien de couple, présent ou passé, mais que, s'agissant des majeurs, elle ne s'applique que si la victime est une femme.

S'agissant des circonstances aggravantes relatives au comportement lui-même, on relèvera la commission de violences graves ou portant atteinte à la dignité, l'usage d'une arme ou la menace d'une arme, ou encore l'emploi de substances ou drogues destinées à annihiler la volonté de la victime.

Mais des difficultés, non anticipées par des dispositions transitoires ou interprétatives, ont surgi du fait de la volonté du législateur de respecter la proportionnalité. Pour ce faire, il a en effet *par ailleurs* abaissé les peines minimales prévues par les fourchettes des peines attachées à certains comportements.

B. L'abaissement de certaines peines minimales

Pour prendre en considération la moindre gravité des comportements nouvellement incriminés au titre des agressions sexuelles, ou nouvellement qualifiés comme tels, le législateur a procédé à un abaissement des peines minimales encourues.

Ainsi, par exemple, le viol est-il désormais puni de 4 à 12 ans d'emprisonnement, contre 6 à 12 ans auparavant et le viol aggravé de 7 à 15 ans contre 12 à 15 ans auparavant.

Contre toute attente législative, un certain nombre de juridictions ont considéré que cet abaissement des seuils de peines devait être considéré comme une loi nouvelle plus douce, et donc rétroactivement applicable. La menace de la solution sur la sécurité juridique est d'autant plus grave que, en Espagne, la rétroactivité *in mitius* ne concerne pas que les affaires en cours, mais également les condamnations définitives. Face aux premières décisions favorables aux prévenus ou condamnés, et au scandale médiatique suscité, la *Fiscalía general*, c'est-à-dire l'organe de direction du ministère public, a adopté un décret en urgence. Il commande au parquet de considérer la loi comme composée de dispositions indivisibles. La réforme étant, dans son ensemble, plus sévère que la législation antérieure, aucune disposition ne devrait pouvoir rétroagir. Oui, mais si les procureurs sont hiérarchiquement subordonnés au Parquet général, nommé par le ministre de la Justice et révocable, tel n'est bien sûr pas le cas des juges du siège. Or, plusieurs Cours d'appels et Tribunaux supérieurs de justice ont accepté d'appliquer les dispositions nouvelles à des affaires en

⁷ Pour les mineurs de 4 ans, celle-ci est toujours admise, ce qui conduit souvent à considérer que le consentement est, en dessous de cet âge, exclu.

cours, et même de réviser des condamnations définitives, notamment lorsque la peine qui avait été prononcée était proche du minimum légal alors applicable. Cela a notamment conduit à la remise en liberté prématurée – et évidemment fort médiatisée – d’auteurs de viols ou d’actes sexuels sur mineur avec pénétration... Le Tribunal Suprême lui-même, équivalent de notre Cour de cassation, a réfuté l’indivisibilité, et accepté une appréciation, au cas par cas, de la possibilité d’une application rétroactive de la loi nouvelle. Il a ainsi lui-même accepté de réviser des condamnations, puis de réévaluer des peines pour les abaisser sur le fondement des dispositions issues de la réforme.

Les hypothèses concernées sont nombreuses, *comme vous pouvez le voir sur le petit schéma, qui ne montre pas toutefois pas toute la complexité de la chose*⁸. La crise ouverte entre gouvernement, législateur et monde judiciaire est profonde et les accusations – avant, peut-être, les poursuites- pour forfaiture fusent.

La Commission générale de Codification est de nouveau saisie mais la situation paraît inextricable... Une loi nouvelle plus sévère ne vaudrait que pour l’avenir en application des règles régissant les lois successives. Une loi excluant une telle interprétation de la réforme d’octobre 2022 est envisagée. Mais le droit espagnol n’a semble-t-il pas la « souplesse » du droit français en matière de loi interprétative, et celle-ci serait indéniablement plus sévère que l’interprétation du Tribunal Suprême. Il ne semble alors au gouvernement plus possible que d’espérer un revirement de jurisprudence...Et encore... L’Espagne est membre du Conseil de l’Europe, et soumise, donc à l’article 7 de la Convention européenne tel qu’interprété par la Cour ...or l’Espagne a déjà fait l’amère expérience d’une condamnation pour revirement défavorable imprévisible dans la célèbre affaire *Del Rio Prada*.

M. LACAZE, 28 mars 2023.

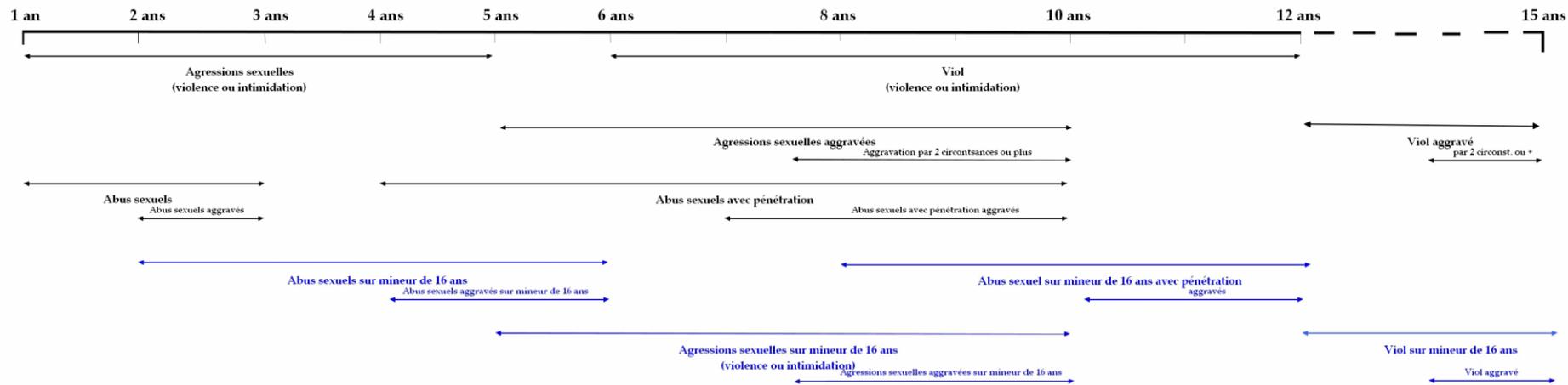
Mise à jour :

La réforme annoncée à la fin du texte a été menée par la *Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. Outre la création de diverses circonstances aggravantes aux infractions sexuelles (art. 180 et 181 CP), elle vient notamment modifier les article 178 et 179 du code pénal pour incriminer spécifiquement, l’agression sexuelle commis par violence ou intimidation sur une victime dont la volonté a été annihilée par une quelconque cause et le viol avec violence, intimidation ou d’une personne dont la volonté a été annihilée. Respectivement punis d’un à cinq ans et de six à douze ans d’emprisonnements, ces faits apparaissent, selon l’exposé des motifs, comme des incriminations véritables et non de simples circonstances aggravantes au regard de leur antijuridicité particulière. Il est ensuite précisé que ces dispositions, manifestement de fond et plus sévères, ne peuvent pas rétroagir.

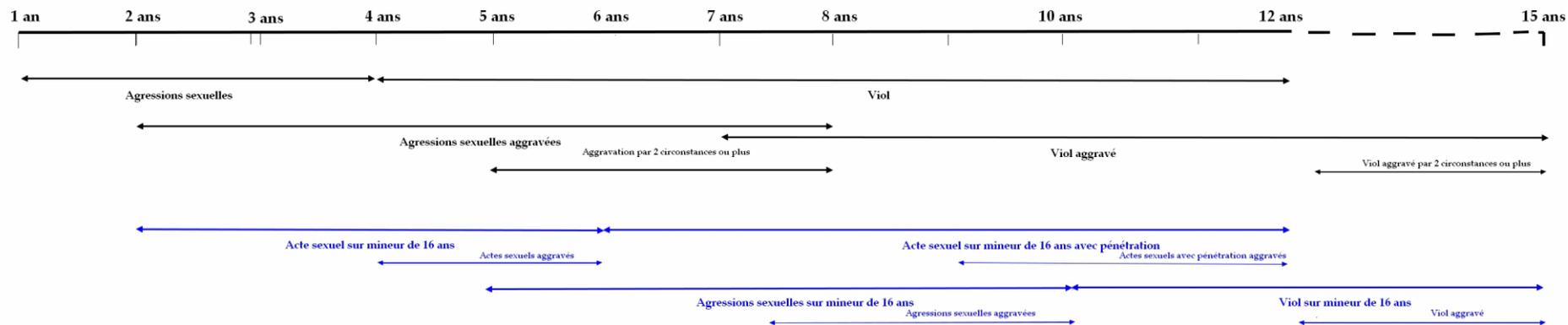
⁸ V. le schéma récapitulatif partiel en annexe.

ANNEXES

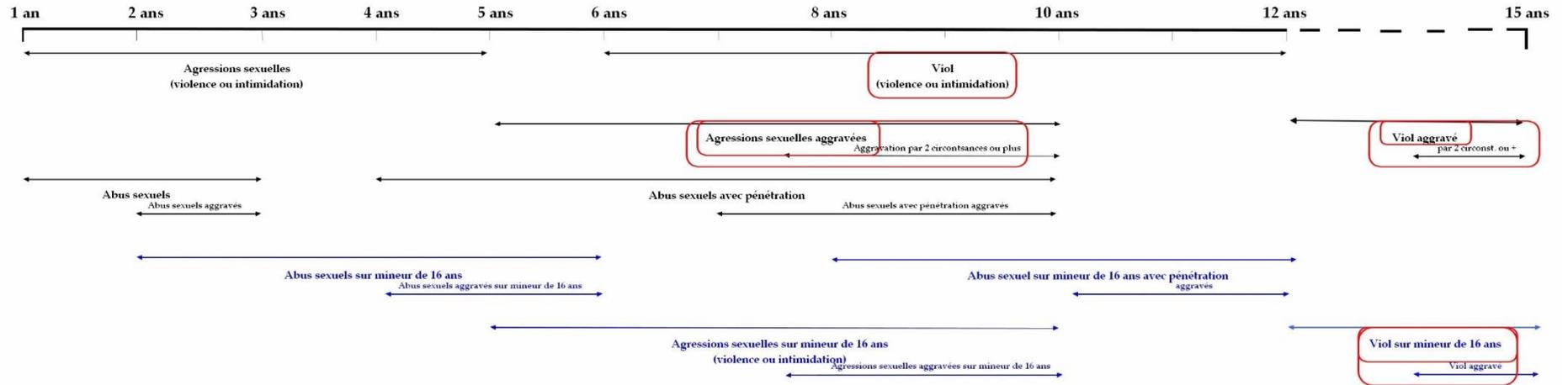
Infractions sexuelles - Anciennes dispositions



Infractions sexuelles - Nouvelles dispositions



Infractions sexuelles - Anciennes dispositions



Infractions sexuelles - Nouvelles dispositions

