

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'attentat à la pudeur ou la protection de l'intégrité sexuelle telle qu'elle est communément admise

Blaise, Noémie

Published in:

La Revue d'action juridique & sociale

Publication date:

2009

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Blaise, N 2009, 'L'attentat à la pudeur ou la protection de l'intégrité sexuelle telle qu'elle est communément admise: Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 juin 2009', *La Revue d'action juridique & sociale*, numéro 287, pp. 19-24.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'attentat à la pudeur ou la protection de l'intégrité sexuelle telle qu'elle est communément admise

Commentaire de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 4 juin 2009 ⁽¹⁾

par Noémie Blaise ⁽²⁾

La Cour constitutionnelle a été saisie de questions préjudicielles tendant à savoir si les articles 372 (attentat à la pudeur) et 375 (viol) du Code pénal sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution. La différence de traitement invoquée concerne des relations sexuelles entretenues par un majeur avec un mineur âgé de moins de 16 ans (mais de plus de 14 ans). En matière d'attentat à la pudeur, une présomption irréfragable d'absence de consentement est inscrite à l'article 372, § 1^{er} du Code pénal, selon laquelle un mineur âgé de moins de seize ans accomplis ne peut consentir valablement à des actes sexuels. Or, s'agissant du viol, la présomption d'absence de consentement ne concerne que les mineurs âgés de moins de 14 ans. Ainsi, l'article 372, § 1^{er} du Code pénal s'applique quand bien même il ne s'agirait que de simples attouchements commis, sans violences ni menaces, par un majeur sur un mineur âgé de 14 à 16 ans qui y consent alors qu'il n'y aura pas de viol en raison du même consentement du mineur en question s'il y a pénétration sexuelle.

Avant d'analyser le raisonnement de la Cour constitutionnelle, nous rappellerons succinctement les éléments constitutifs de chacune de ces infractions en nous attardant sur la présomption d'absence de consentement en matière d'attentat à la pudeur. Nous limiterons notre analyse à l'attentat à la pudeur commis sans violences puisque c'est l'objet de la question préjudicielle posée dans le cas d'espèce; signalons toutefois que le législateur a prévu une aggravation de peine dès lors que l'attentat à la pudeur a été accompli avec violences ou menaces (art. 373 du Code pénal). Nous soulignerons ensuite en quoi il peut s'avérer difficile de distinguer l'attentat à la pudeur du viol ou de sa tentative.

Il y a lieu au préalable de considérer l'endroit où ces deux infractions sont inscrites dans le Code pénal, à savoir le titre VII du Livre II relatif aux crimes et délits commis contre l'ordre des familles et la moralité publique. Lors de l'adop-

tion du Code pénal, en 1867, le législateur considérait que la question de l'intégrité sexuelle était une atteinte à la moralité publique avant de concerner la personne humaine qui en était victime ⁽³⁾; il importait de prévenir les grossesses involontaires et la naissance d'enfants illégitimes ⁽⁴⁾. La loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol ⁽⁵⁾ a mis en lumière un changement au niveau de la valeur

protégée par cette infraction. Elle est désormais considérée comme une atteinte à l'intégrité sexuelle de la personne humaine ⁽⁶⁾. Cette modification, certes inspirée par l'évolution des mentalités, s'est également répercutée sur la perception de l'attentat à la pudeur ⁽⁷⁾. La Cour constitutionnelle, dans son raisonnement, a d'ailleurs été sensible à ce changement de perception.

(1) Voir ce numéro, rubrique jurisprudence, p. 43.

(2) Assistante en droit pénal (F.U.N.D.P. de Namur, Académie universitaire «Louvain»); Membre du centre de recherche PROJUCR

(3) A. MASSET, «La spécificité des infractions à caractère sexuel», La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexuel, *Les dossiers de la R.D.P.C.*, n° 15, Brugge, La Chartre, 2009, p. 3.

(4) A. DIERICKX, «Hoe verreikt de bescherming van de strafbepalingen van aanranding van de eerbaarheid en verkrachting?», *Nullum Crimen*, 2006, p. 98.

(5) M.B., 18 juillet 1989.

(6) O. VANDEMEULEBROEKE, v°Viol, Qualifications et jurisprudence pénales, *Brugge, La Chartre*, 2002, p. 1 et A. DE NAUW, Initiation au droit pénal spécial, *Waterloo, Kluwer*, 2008, p. 205. Sur cette évolution, voy. A. DIERICKX, op. cit., p. 99 et s.

(7) A. DIERICKX, op. cit., p. 101 et I. WATTIER, «Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives», La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexuel, *Les dossiers de la R.D.P.C.*, n° 15, Brugge, La Chartre, 2009, p. 25.

La pudeur fait partie de ces notions floues du droit pénal

I. L'attentat à la pudeur au sens de l'article 372, § 1^{er} du Code pénal

Sous ce premier point, nous rappellerons les éléments constitutifs de tout attentat à la pudeur (a) avant d'examiner ce qui fait la particularité de l'attentat commis sans violences ou menaces, à savoir la présomption irréfragable d'absence de consentement dans le chef du mineur âgé de moins de 16 ans (b).

a) L'attentat à la pudeur : éléments constitutifs

En raison de l'absence de définition légale de l'attentat à la pudeur, des auteurs de doctrine et la jurisprudence se sont essayés à le définir⁽⁸⁾; parmi ces définitions, citons celle proposée par O. BASTYNS : «*tout acte contraire aux mœurs et d'une certaine gravité commis de manière intentionnelle sur une personne ou à l'aide d'une personne déterminée sans le consentement valable de celle-ci*»⁽⁹⁾. La Cour de cassation a également précisé qu'*«il est requis qu'il s'agisse d'actes d'une certaine gravité, portant atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne telle qu'elle est perçue par la conscience collective d'une société déterminée à une époque déterminée*»⁽¹⁰⁾.

Le premier élément constitutif est l'existence d'un acte et non de simples paroles⁽¹¹⁾. Ces actes physiques doivent atteindre la victime⁽¹²⁾ dans sa pudeur⁽¹³⁾ (sans qu'il n'y ait nécessairement de contact physique avec l'auteur, cf. être forcé de se déshabiller⁽¹⁴⁾).

La pudeur fait partie de ces notions floues du droit pénal qui varient aussi bien dans le temps que dans l'espace⁽¹⁵⁾; le juge se doit de l'interpréter au regard des valeurs qui sont communément partagées par la société à une époque donnée⁽¹⁶⁾. Cette appréciation de l'atteinte à la pudeur doit se faire sans prendre en considération la fragilité de la victime⁽¹⁷⁾. Nous avons précédemment évoqué le fait que l'attentat à la pudeur soit à présent considéré comme une atteinte

à l'intégrité sexuelle de la victime et non plus comme une atteinte à la moralité publique⁽¹⁸⁾; il n'en reste pas moins que le juge se prononcera au regard de ce que la collectivité considère comme attentatoire à l'intégrité sexuelle⁽¹⁹⁾.

Ensuite, il revient au juge d'apprécier la suffisante gravité de l'acte en question pour le déclarer constitutif d'une telle infraction⁽²⁰⁾. Parmi les différents critères développés par la jurisprudence pour établir ladite gravité, on peut citer le caractère public ou caché de l'acte, l'âge de la victime...⁽²¹⁾

L'attentat à la pudeur est une infraction intentionnelle; c'est donc le dol général (et non spécial) qu'il faut établir dans le chef de l'auteur des faits (*id est* connaissance de l'illégalité de l'acte et volonté ou à tout le moins acceptation de le commettre)⁽²²⁾.

Notons une particularité de cette infraction, au regard des principes généraux du droit pénal, inscrite à l'article 374 du Code pénal : «*L'attentat existe dès qu'il y a commencement d'exécution*»; l'attentat à la pudeur est ainsi accompli dès le premier acte qui commence

(8) Pour une présentation de ces différentes définitions, voy. I. WATTIER, «*Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives*», op. cit., pp. 20-22.

(9) O. BASTYNS, «*Attentat à la pudeur*», Droit pénal et procédure pénale, Waterloo, Kluwer, 2003, p. 11. Voy. ég. Cass. (2^e ch.), 6 octobre 2004, N° P.04.0665.F, www.cass.be (victime contrainte de se déshabiller et de montrer son sexe) : «*une atteinte contraignante à l'intégrité sexuelle, qui se réalise sur une personne vivante ou à l'aide de celle-ci, sans exiger nécessairement un contact physique avec elle*».

(10) Cass. (2^e ch.), 7 janvier 1997, Pas., 1997, I, p. 32 et A.J.T., 1998-1999, p. 172, note L. STEVENS, «*De aanranding van de eerbaarheid*».

(11) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, Les crimes et les délits du Code pénal, t. V, Bruxelles, Bruylant, 1968, p. 291. Voy. Gand, 22 janvier 2007, T. Straff., 2007, p. 204. Pour un exposé des différents actes répréhensibles, voy. I. WATTIER, «*Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives*», op. cit., p. 26 et s.

(12) S'il n'y a pas d'atteinte physique sur la personne de la victime mais qu'elle est témoin de l'acte impudique, il reviendra au juge d'examiner les faits sous l'angle de l'infraction d'outrage aux bonnes mœurs (M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., p. 295 et 344-345 et R.P.D.B., v° Attentat à la pudeur, compl. 1^{er}; Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., pp. 327-238). Voy. ég. O. BASTYNS, «*Attentat à la pudeur*», op. cit., p. 11 : «*L'attentat à la pudeur a un caractère obligatoirement individuel. L'atteinte doit concerner une personne déterminée, contrairement à l'infraction d'outrage public aux mœurs où l'atteinte est générale et la publicité, un élément essentiel de l'infraction*».

(13) Sur le sujet, voy. I. WATTIER, «*Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives*», op. cit., p. 36 et s.

(14) A. DE NAUW, Initiation au droit pénal spécial, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 198. Voy. ég. Corr. Anvers, 27 juin 2008, T. Straff., 2009, p. 175, note S. VANDROMME, «*Aanzetten van minderjarigen tot webcamseks : aanranding van de eerbaarheid en/of aanzetten tot ontucht ?*».

(15) A. DE NAUW, op. cit., p. 197.

(16) I. WATTIER, «*État du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et questions critiques. De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs*», Ann. Dr. Louvain, 2002, p. 86 et L. STEVENS, «*De aanranding van eerbaarheid*», note sous Cass. (2^e ch.), 7 janvier 1997, A.J.T., 1988-1999, p. 173.

(17) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., p. 292 et O. BASTYNS, «*Attentat à la pudeur*», op. cit., p. 12. Notons que cela a pour conséquence, en matière d'attentat à la pudeur sans violences, que l'infraction existe quand bien même le mineur de moins de 16 ans ne comprendrait pas l'atteinte qui est faite à sa pudeur (J.-M. POUPART, «*Attentat à la pudeur et viol*», Les Nouvelles, Droit pénal, t. III, Bruxelles, Larcier, 1972, p. 434).

(18) Il a même été question de remplacer l'intitulé de l'infraction d'attentat à la pudeur par celui d'atteinte à l'intégrité sexuelle lors de l'adoption de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs (M.B., 17 mars 2001) (I. WATTIER, «*La loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs*, J.T., 2001, p. 435 et I. WATTIER, «*État du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et questions critiques. De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs*», op. cit., p. 109 et s.).

(19) I. WATTIER, «*Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives*», op. cit., p. 25.

(20) Voy. Bruxelles, 2 février 2000, R.D.P.C., 2001, p. 347, note; R.P.D.B., v° Attentat à la pudeur et viol, t. I^{er}, Bruxelles, Bruylant et Paris, L.G.D.J., 1964, p. 559 et O. BASTYNS, «*Attentat à la pudeur*», op. cit., pp. 12-13.

(21) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., p. 293.

(22) Voy. Bruxelles (12^e ch.), 14 février 2002, J.T., 2002, p. 342, obs. O.K. Voy. ég. I. WATTIER, «*Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives*», op. cit., p. 39 et s.

L'objet de cette disposition est de protéger l'intégrité sexuelle des mineurs, particulièrement influençables

l'exécution et ce, peu importe que son auteur se désiste par la suite⁽²³⁾. Il n'y a donc pas, ici, de diminution de peine en cas de tentative; il en résulte, et nous reviendrons sur ce point en ce qui concerne les interactions de cette infraction avec le viol, qu'il y a attentat à la pudeur quand bien même l'auteur se désisterait volontairement de son action délictueuse⁽²⁴⁾.

La *ratio legis* de cette disposition est la suivante : «*dès que la résolution criminelle a franchi le seuil de la conscience de l'auteur pour entrer dans la phase active de l'entreprise et de l'exécution, l'acte est irrémédiable; il a déjà offensé la pudeur de la victime et l'a souillée*»⁽²⁵⁾.

Il est cependant bien question de commencement d'exécution et non de simples actes préparatoires⁽²⁶⁾; il faut que l'intention de l'auteur ait été matérialisée⁽²⁷⁾ par un acte qui «*doit traduire sans équivoque possible la résolution d'offenser la pudeur de la victime*»⁽²⁸⁾. I. WATTIER prévient cependant de la tendance actuelle de la jurisprudence à se contenter d'actes préparatoires pour considérer que l'article 374 du Code pénal est rencontré⁽²⁹⁾.

b) La présomption irréfragable d'absence de consentement

Longtemps, l'attentat à la pudeur ne pouvait se concevoir qu'en l'absence du consentement de la victime⁽³⁰⁾. Ceci a eu pour conséquence que la jurisprudence n'avait, par exemple, pas condamné un prévenu pour attentat commis sur la personne d'un enfant de 6 ans car ce dernier ne s'y était pas opposé⁽³¹⁾ ! Cette jurisprudence appelait une intervention législative : «*L'innocence du jeune âge doit être protégée; il n'est pas admissible que l'enfant, avant un certain âge, puisse donner un consentement libre, éclairé, aux actes d'impudicité qu'on réclame de lui. La violence, ou tout au moins la séduction, se présume jusqu'à ce que l'enfant soit arrivé en âge de comprendre l'immoralité des actions déshonnêtes*»⁽³²⁾.

Le législateur a remédié à cette lacune⁽³³⁾ et il en est découlé une présomption irréfragable, certes implicite⁽³⁴⁾, d'absence

de consentement (ou de violence morale) inscrite à l'article 372 du Code pénal, § 1^{er}. Ainsi, en-dessous de 16 ans, il y a attentat à la pudeur sur la victime peu importe qu'il y ait eu consentement⁽³⁵⁾ ou pas de sa part⁽³⁶⁾ ou encore qu'elle ait provoqué les agissements de l'auteur⁽³⁷⁾. Il en va de même si l'attentat n'a pas été commis sur la personne du mineur mais avec son aide; est ainsi également visé le fait que l'acte soit commis par le mineur sur la personne majeure⁽³⁸⁾. L'attentat à la pudeur commis sans violence ne se produit qu'en raison de l'âge de la personne visée par ce der-

nier; l'âge est donc un élément constitutif de l'infraction à part entière⁽³⁹⁾⁽⁴⁰⁾.

L'objet de cette disposition est de protéger l'intégrité sexuelle des mineurs, particulièrement influençables⁽⁴¹⁾ : «*La ratio legis de cette présomption se situe dans la volonté du législateur de protéger les jeunes, considérés comme ne jouissant pas du discernement suffisant pour participer, en pleine connaissance de cause, à des actes de nature sexuelle*»⁽⁴²⁾. Le seuil des 16 ans est cependant régulièrement critiqué au vu de «*la précocité croissante des adoles-*

(23) J.-J. HAUS, «Titre VII – Des crimes et des délits contre l'ordre des familles et contre la moralité publique, Rapport fait au nom de la Commission du gouvernement», Législation criminelle de la Belgique, Bruxelles, Bruylant, 1867, n° 36 : «Cette tentative, même suivie de désistement, n'a-t-elle pas les mêmes caractères, ne produit-elle pas les mêmes effets ? L'outrage est moins grave sans doute, mais n'en est-il pas moins un outrage ?», Pandectes, v° Attentat à la pudeur, t. 10, col. 1084 et 1085 et R.P.D.B., v° Attentat à la pudeur et viol, op. cit., pp. 559-560.

(24) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., pp. 294-295 et A. DE NAUW, op. cit., p. 204. Voy. pour l'introduction de la tentative en cette matière, I. WATTIER, «Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives», op. cit., pp. 34-36.

(25) J.-M. POUPART, op. cit., p. 435.

(26) J.-J. HAUS, op. cit., n° 36. Voy. Anvers, 26 mai 2004, N.J.W., 2004, p. 1421, obs. J.D. et Nullum Crimen, 2006, p. 131.

(27) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., pp. 293 et 294.

(28) NOTE sous Bruxelles, 2 février 2000, R.D.P.C., 2001, p. 350.

(29) I. WATTIER, «Infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives», op. cit., p. 34.

(30) Pandectes, v° Attentat à la pudeur, t. 10, col. 1086.

(31) Liège, 11 janvier 1843, Pas., 1843, II, p. 359 : «attendu que les attentats aux mœurs ne sont punis par le Code pénal de 1810 que lorsqu'ils sont accompagnés (...) de violence (...) et qu'on ne peut faire ressortir la violence de l'âge seul de la victime et de ce fait qu'un enfant de six ans n'est susceptible ni de consentement ni de discernement».

(32) Pandectes, v° Attentat à la pudeur, t. 10, col. 1086.

(33) L'intervention législative fut l'objet de la loi du 15 juin 1846. Celle-ci visait les enfants de moins de 14 ans; la loi de protection de la jeunesse du 15 mai 1912 (M.B., 27-29 mai 1912) a élevé ce seuil à l'âge de 16 ans.

(34) Voy. Cass. (2^e ch.), 14 décembre 1971, Pas., 1972, I, p. 367. I. WATTIER, «État du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et questions critiques. De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs», op. cit., p. 106.

(35) Corr. Gand, 10 octobre 2007, T. Strafr., 2008, p. 328, obs. Voy. A. MASSET, op. cit., p. 5. Contra : Corr. Liège (8^e ch.), 30 octobre 2003, J.L.M.B., 2004, p. 1385 (sommaire).

(36) Notons qu'il y a une aggravation de la peine si l'attentat a été «réellement» commis avec violence (voy. article 373 du Code pénal in fine).

(37) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., p. 305 et J.-M. POUPART, op. cit., p. 433.

(38) Pandectes, v° Attentat à la pudeur, t. 10, col. 1087.

(39) Cass. (2^e ch.), 15 janvier 1923, Pas., 1923, I, p. 155; Corr. Gand, 10 octobre 2007, T. Strafr., 2008, p. 328, obs. Voy. ég. A. DIERICKX, op. cit., p. 96.

(40) L'attentat à la pudeur commis avec violences ou menaces est punissable peu importe l'âge de la victime (article 373 du Code pénal).

(41) O. VANDEMEULEBROEKE, v° Attentat à la pudeur, Qualifications et jurisprudence pénales, Brugge, La Chartre, 2002, p. 15. Voy. ég. A. DE NAUW, op. cit., p. 199 : Le législateur a présumé que l'enfant de moins de 16 ans «ne peut donner un consentement libre et volontaire aux actes immoraux qu'il subit ou qu'on exige de lui».

(42) S. DERRE, «Peut-on encore parler de mineurs délinquants ? À propos des présomptions des articles 372, alinéa premier, et 375, alinéa 6, du code pénal et 36, 4^e, de la loi du 8 avril 1695 relative à la protection de la jeunesse», note sous Liège (16^e ch.), 2 octobre 2003, J.L.M.B., 2005, p. 462.

Les points de convergence entre les deux infractions

cents»⁽⁴³⁾, ce qui donne parfois lieu à une jurisprudence *contra legem* (cf. *infra*).

Il est bon de rappeler que la présomption de violence morale en raison de l'âge (moins de 16 ans) ne joue que pour la victime; en effet, l'auteur, âgé de moins de 16 ans, ne peut s'en prévaloir et prétendre, sur cette base, avoir agi sous la contrainte morale à laquelle il n'a pu résister⁽⁴⁴⁾.

Pour ce qui est de la charge de la preuve, le ministère public devra seulement prouver que la victime avait moins de 16 ans au moment des faits et ce, bien souvent, au moyen d'un extrait de naissance⁽⁴⁵⁾. Le ministère public ne doit pas rapporter la preuve que l'auteur en avait connaissance car l'âge est un fait public⁽⁴⁶⁾.

Ce dernier pourra cependant se défendre en soulevant l'erreur invincible si, comme le bon père de famille, placé dans les mêmes circonstances de temps et de lieu, il a pu raisonnablement penser que la victime était âgée de plus de 16 ans⁽⁴⁷⁾. A. DE NAUW précise à cet égard qu'«il ne suffit pas de prétendre avoir été induit en erreur par l'apparence, la mentalité ou le comportement de la victime. Les déclarations mensongères de la victime concernant son âge ne sont pas non plus suffisantes pour que l'auteur bénéficie de l'erreur invincible»⁽⁴⁸⁾.

II. Le viol : l'absence de consentement au cœur de l'infraction

Dans cette deuxième partie, nous commenterons les éléments constitutifs du crime de viol (a) afin de considérer les points de convergence avec l'attentat à la pudeur (b).

a) Le viol : éléments constitutifs

L'article 375 du Code pénal nous donne une définition du viol; il s'agit de «tout acte de pénétration sexuelle, de quelque

nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas». Rappelons que la loi du 4 juillet 1989 a défini cette infraction afin de comprendre dans le crime de viol toutes les formes de pénétration sexuelle (anale, vaginale ou orale)⁽⁴⁹⁾ et ce, peu importe le sexe de la victime. En effet, longtemps, le viol a été limité à l'acte de pénétration sexuelle forcé de l'homme sur la femme.

L'élément constitutif du viol qui nous importe le plus, en l'espèce, est l'absence du consentement de la victime. Ainsi, le viol ne se conçoit pas (sous réserve de la présomption d'absence de consentement liée à l'âge examinée *infra*) si la victime consent aux relations sexuelles. C'est une caractéristique importante car le consentement de la victime ne constitue pas, en soi, une forme d'exclusion de la responsabilité pénale^{(50) (51)}.

L'alinéa 2 de l'article 375 du Code pénal énumère différentes situations où le caractère forcé ou non-consenti de la pénétration sera établi : l'usage de la violence, de la contrainte ou de la ruse; l'infirmité ou la déficience (physique ou

mentale) de la victime. La jurisprudence a rappelé, à maintes reprises, que cette énumération est exemplative (cf. ad- verbe «notamment»)⁽⁵²⁾.

La minorité ne constitue cependant pas en soi une présomption d'absence de consentement à moins que la victime n'ait pas atteint l'âge de 14 ans (art. 375 du Code pénal, al. 6)⁽⁵³⁾. Comme nous l'avons déjà évoqué, les seuils relatifs à cette présomption ne sont donc pas les mêmes en matière d'attentat à la pudeur (16 ans) et de viol (14 ans). Avant de revenir sur la réponse de la Cour constitutionnelle quant à cette différence de traitement, considérons au préalable les points de convergence entre ces deux infractions.

b) Le viol : un attentat à la pudeur spécial

Au regard de l'attentat à la pudeur, le viol en constitue une forme spéciale, la plus grave au point d'être érigé en infraction distincte⁽⁵⁴⁾. M. RIGAUX et P.E. TROUSSE différencient le viol de l'attentat à la pudeur en utilisant l'exemple

(43) A. DE NAUW, op. cit., p. 200.

(44) Cass. (2^e ch.), 28 septembre 1993, N° P.93.1053.N, www.cass.be et Pas., 1993, I, p. 763; Liège (16^e ch.), 2 octobre 2003, J.L.M.B., 2005, p. 459, note S. DERRE, op. cit.; Bruxelles (ch. jeunesse), 1^{er} décembre 2008, J.D.J., 2009, n° 282, p. 58, note B. VAN KEIRSBLICK. Voy. ég. A. DE NAUW, op. cit., p. 199.

(45) R.P.D.B., v° Attentat à la pudeur et viol, op. cit., p. 560 et M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., p. 304.

(46) A. DE NAUW, op. cit., p. 200. Voy. ég. I. WATTIER, «État du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et questions critiques. De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs», op. cit., p. 96 : «L'on admettra que le recours à la présomption heurte de plein fouet le principe de la liberté de la preuve comme celui de la contradiction de la preuve (...). Par définition, la présomption irréfutable (...) établit in se sa supériorité par rapport aux autres modes de preuve ne laissant place ni à la contradiction, ni à la libre appréciation du juge».

(47) J.-M. POUPART, op. cit., p. 437 et A. DE NAUW, op. cit., p. 200.

(48) A. DE NAUW, op. cit., pp. 208-209. Voy. Trib. Jeun. Furnes, 25 juin 2004, T.G.R., 2004, p. 327.

(49) A. DE NAUW, op. cit., p. 206.

(50) F. KUTY, Principes généraux du droit pénal belge I. La loi pénale, Bruxelles, Larcier, 2007, n° 49 et s.

(51) Voy. La critique d'I. WATTIER, I. WATTIER, «État du droit pénal des mœurs après la loi relative à la protection pénale des mineurs et questions critiques. De la protection de la morale sexuelle à la protection de l'intégrité sexuelle des mineurs», op. cit., p. 95.

(52) Cass., 30 octobre 2007, N° P.07.0982.N, www.cass.be; Cass., 25 septembre 2007, R.W., 2007-2008, p. 1503, note S. VANDROMME, «Afwezigheid van toestemming bij het misdrijf van verkrachting»; Cass. (2^e ch.), 2 novembre 1999, Pas., 1999, I, p. 1423. Voy. ég. A. DE NAUW, op. cit., p. 207 et O. BASTYNS, «Viol», Droit pénal et procédure pénale, Waterloo, Kluwer, 2003, pp. 64-65. Pour la question du mensonge, voy. A. DIERICKX, op. cit., p. 105.

(53) A. DE NAUW, op. cit., p. 208; J.-M. POUPART, op. cit., p. 445 et A. DIERICKX, op. cit., p. 97.

(54) R.P.D.B., v° Attentat à la pudeur et viol, op. cit., p. 558 et J.-M. POUPART, op. cit., p. 431. Voy. Cass. (2^e ch.), 8 décembre 1981, Pas., 1982, I, p. 476 (prononcé avant les modifications apportées par la loi du 4 juillet 1989 sur la définition du viol) : «Attendu que le viol est un attentat à la pudeur auquel s'ajoutent, toutefois, certains éléments spéciaux qui donnent à l'infraction un caractère pénalement distinct, l'un de ces éléments étant l'intromission du membre viril dans la partie génitale de la femme; Attendu que, s'il considère que ces éléments complémentaires font défaut, le juge doit examiner si la personne poursuivie uniquement du chef de viol s'est, ou non, rendue coupable de l'infraction d'attentat à la pudeur comprise dans cette prévention».

La difficulté de cerner, dans chaque cas d'espèce, les contours de la tentative de viol

soumis à la Cour constitutionnelle : «il est un acte impudique bien défini que le législateur a isolé en raison de sa particulière gravité. Un viol remplit donc toujours les conditions d'incrimination d'un attentat à la pudeur. (...) [L]e fait qui n'est plus susceptible de répression en tant que viol, peut rester punissable en tant qu'attentat à la pudeur. Telles sont les relations sexuelles obtenues sans violence d'une mineure de plus de quatorze ans mais de moins de seize ans accomplis (...)»⁽⁵⁵⁾.

A. DE NAUW conclut dans le même sens : «le viol n'étant qu'un attentat à la pudeur auquel s'ajoutent certains éléments donnant au fait un caractère pénalement distinct»⁽⁵⁶⁾ et l'auteur de préciser que ces infractions se distinguent par le but poursuivi, le résultat et le degré d'immoralité^{(57) (58)}.

Contrairement à l'attentat à la pudeur, les règles de la tentative punissable sont d'application à l'infraction de viol (articles 51 du Code pénal et suivants); ce qui introduit un point de divergence important entre les deux infractions cependant intimement liées⁽⁵⁹⁾. Rappelons qu'une des conditions de la tentative punissable est que l'on soit en présence d'un commencement d'exécution et non de simples actes préparatoires. Bien que le législateur n'ait pas défini ce qu'il entendait par commencement d'exécution, la doctrine a développé différentes théories⁽⁶⁰⁾ dont les plus connues sont l'univocité circonstancielle et la théorie du lien causal direct et abstrait⁽⁶¹⁾. La Cour de cassation, par un arrêt du 3 novembre 2004, semble avoir consacré la théorie de l'univocité circonstancielle en vertu de laquelle il faut se demander si le caractère univoque de l'acte découle non de la seule inspection de l'acte, mais de l'examen de cet acte, éclairé par la prise en considération de toutes les circonstances qui l'accompagnent et spécialement par la recherche psychologique des intentions de l'agent⁽⁶²⁾.

Dès lors que la condition du commencement d'exécution implique, de la part du juge pénal, une interprétation, l'on comprend la difficulté de cerner, dans chaque cas d'espèce, les contours de la tentative de viol⁽⁶³⁾. Si le juge décide que l'auteur n'était qu'au stade préparatoire

ou s'il constate qu'il y a eu désistement volontaire dans le chef de l'auteur et qu'il n'y a donc pas de tentative de viol, il pourra à tout le moins retenir un attentat à la pudeur (avec violence) si les conditions de celui-ci sont bien remplies⁽⁶⁴⁾. Si par contre, les conditions de la tentative punissable du viol sont réunies, il n'y a pas lieu de retenir l'attentat à la pudeur en raison du principe de la qualification pénale selon sa plus haute acceptation⁽⁶⁵⁾. La Cour de cassation a cependant déjà admis, en de telles hypothèses, que les deux infractions étaient établies avant d'y appliquer l'article 65 du Code pénal relatif au concours idéal d'infractions impliquant que seule la peine la plus forte soit prononcée, à savoir celle du viol⁽⁶⁶⁾.

III. La discrimination alléguée et la réponse de la Cour constitutionnelle

Pour rappel, la discrimination dont est saisie la Cour constitutionnelle repose sur le fait qu'un majeur entretenant une relation sexuelle consentie avec un mineur de moins de 16 ans mais de plus de 14 ans⁽⁶⁷⁾, se verra poursuivre pour attentat à la pudeur car le législateur a présumé une absence de consentement dans le chef de ce mineur. Or, le majeur ne pourra être poursuivi pour viol, dès lors que cette présomption d'absence de consentement ne joue que pour les mineurs de moins de 14 ans. Cette différence a pour effet que le consentement du mineur empêche qu'un viol soit commis mais que ce même mineur est incapable de consentir à des faits constitutifs d'attentat à la pudeur (tels que des attouche-

(55) M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., p. 344.

(56) A. DE NAUW, op. cit., p. 196.

(57) A. DE NAUW, op. cit., p. 204.

(58) C'est essentiellement la dimension «sexuelle» des faits en cause qui permettra d'établir qu'il s'agit d'un viol et non d'un attentat à la pudeur Voy. Liège (6^e ch.), 9 avril 1992, R.D.P.C., 1993, p. 114 : «Attendu qu'il ressort du contexte des faits (...) que l'acte de pénétration perpétré par S. était dépourvu de cette dominante sexuelle sans laquelle il ne peut être qualifié de viol; qu'il constitue par contre un attentat à la pudeur avec violences ou menaces (...)».

(59) La distinction entre ces deux infractions peut amener le juge à requalifier les faits de viol en attentat à la pudeur commis avec violences; en effet, «attendu que le viol ne diffère de l'attentat à la pudeur à l'aide de violences ou de menaces que par son but : la jouissance sexuelle de l'auteur; par son résultat : la consommation de l'acte sexuel, et par le degré d'immoralité qu'il suppose; que le viol d'une personne déterminée n'est donc autre chose qu'un attentat à la pudeur commis sur elle et auquel viennent s'ajouter ces éléments spéciaux qui donnent au fait un caractère pénalement distinct; (...) Qu'en conséquence, après avoir, dans l'espèce, écarté la prévention de viol, la cour d'appel, avant de condamner le demandeur du chef d'attentat à la pudeur, n'était pas tenue de l'inviter à se défendre sur cette prévention, virtuellement comprise dans la première» (Cass. (2^e ch.), 13 mai 1942, Pas., 1942, I, p. 125).

(60) Voy. N. HUSTIN – DENIES et D. SPIELMANN, L'infraction inachevée en droit comparé, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 69 et s.; D. KIGANAHE, «Réflexions autour du «commencement» de la tentative punissable en droit pénal», in Liber Amicorum Jean du Jardin, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 215 et s.

(61) L'existence d'un pouvoir causal direct et abstrait entre l'acte et le résultat revient à se demander si les actes accomplis tendent à ou favorisent directement et immédiatement, dans le cours normal des choses, la commission de l'infraction.

(62) Cass. (2^e ch.), 3 novembre 2004, N° P.04.1191.F, www.cass.be; R.D.P.C., 2005, p. 327; Pas., 2004, I, n° 529 et R.W., 2005-2006, p. 1583, note C. DE ROY.

(63) O. BASTYNS, «Viol», op. cit., p. 68 et O. VANDEMEULEBROEKE, v° Viol, op. cit., pp. 12-13.

(64) J.-J. HAUS, op. cit., n° 37; Pandectes, v° Attentat à la pudeur, t. 10, col. 1091; R.P.D.B., v° Attentat à la pudeur et viol, op. cit., p. 561; J.-M. POUPART, op. cit., p. 447; M. RIGAUX et P.E. TROUSSE, op. cit., p. 339 et A. DE NAUW, op. cit., p. 209.

(65) R.P.D.B., v° Attentat à la pudeur et viol, op. cit., p. 566.

(66) Cass. (2^e ch.), 16 juin 2004, N° P.04.0595.F, www.cass.be.

(67) En effet, en-dessous de 14 ans, il y a une présomption irréfragable d'absence de consentement au bénéfice du mineur en matière de viol (art. 375, al. 6 du Code pénal).

Le côté arbitraire de fixer un âge limite sans avoir égard à la maturité du mineur

ments d'organes génitaux considérés comme moins graves qu'une pénétration accomplie) car le législateur présume qu'une violence morale a été exercée sur lui en raison de son jeune âge.

Saisies d'affaires similaires, les juridictions de fond ont rappelé que leur rôle se limitait à appliquer la loi sans avoir d'égards à l'opportunité des législations en vigueur⁽⁶⁸⁾. D'aucun souligne cette bizarrerie du droit pénal belge qui voit ce mineur capable de consentir à une pénétration sexuelle mais pas à des actes à caractère sexuel au sens large⁽⁶⁹⁾.

Il avait d'ailleurs été question, lors de l'adoption de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs de faire coïncider les deux seuils; la matière étant particulièrement sensible (eu égard au message adressé à la société concernant la majorité sexuelle), le projet n'a pas abouti⁽⁷⁰⁾.

En réponse aux questions préjudicielles posées en l'espèce, le Conseil des ministres a présenté des moyens soutenant l'absence de discrimination. Selon lui, «(...) il existe une justification raisonnable à la différence de traitement à laquelle semblent faire allusion les questions préjudicielles. Le viol doit être considéré comme une atteinte au droit d'autodétermination sexuelle et à l'intégrité personnelle, tandis que l'attentat à la pudeur doit être considéré comme une atteinte au sentiment de pudeur perçu à un moment donné par la société. Alors que, dans le premier cas, il ne saurait y avoir infraction si le consentement a été valablement donné, un tel consentement n'est pas directement pertinent dans la seconde hypothèse» (A.5.).

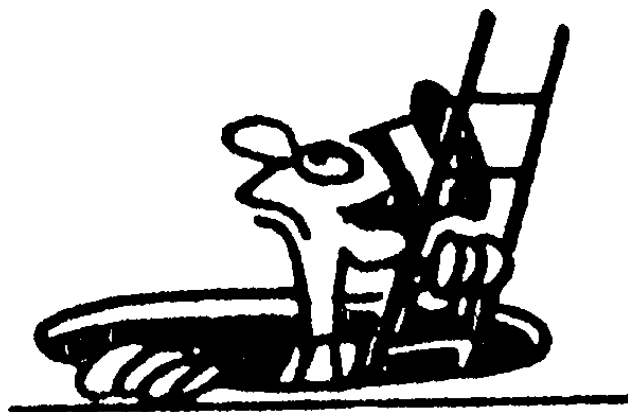
L'apparente discrimination reposerait ainsi sur une lecture erronée des dispositions en cause; les rapports sexuels consentis (avec ou sans pénétration) par un mineur de 14 à 16 ans restent punissables mais sous une qualification moindre qu'est l'attentat à la pudeur. Dans son analyse de l'arrêt, S. VANDROMME explique que c'est l'atteinte à l'intégrité sexuelle qui est au cœur de l'attentat à la pudeur et celle-ci s'apprécie au regard de la conscience collective d'une société à un moment donné⁽⁷¹⁾.

La Cour constitutionnelle ne consacre pas explicitement la thèse du Conseil des ministres bien que nous puissions relever deux éléments de sa réponse concluant à la non-discrimination sur cette même base. D'une part, la Cour rappelle que le viol se caractérise par l'absence de consentement de la victime et que celui-ci n'est pas forcément inexistant lorsque le mineur est âgé de 14 à 16 ans. D'autre part, la Cour affirme que le fait qu'il n'y ait pas de viol n'empêche pas qu'un attentat à la pudeur ait été commis sous-entendant par là qu'il s'agit de deux infractions distinctes aux objectifs différents.

Les dispositions du Code pénal que nous avons examinées, bien que non discriminatoires, ont des effets pour le moins particulier en ce qui concerne les relations sexuelles entretenues de manière non-forcée par un majeur avec un mineur âgé de 14 à 16 ans. O. BASTYNS explicite toutefois un tempérament lié au pouvoir d'opportunité du ministère public : «il y a lieu de s'en rapporter à nouveau à la prudence du parquet et à inviter ses substituts à opérer un choix judicieux entre les dossiers qui doivent faire l'objet d'un renvoi devant les juri-

dictions répressives et ceux qui peuvent être classés sans suite, l'éventuelle immoralité ne constituant pas le crime»⁽⁷²⁾.

La pudeur étant une notion floue par excellence, s'en référer au pouvoir d'opportunité du parquet risque cependant de conduire à de nombreuses discriminations sur le terrain. A. DIERICKX expose, pour sa part, le côté arbitraire de fixer un âge limite en cette matière sans avoir égard à la maturité du mineur; elle prône à cet effet que la maturité du mineur quant à la compréhension de la nature et de la portée du comportement en question devienne, en suite d'une intervention législative, le critère que le juge se devrait d'évaluer en de telles hypothèses⁽⁷³⁾. Si ce critère présente l'avantage de mieux correspondre aux réalités en cette matière, il importe d'en définir légalement les balises pour éviter des appréciations trop différentes par les juridictions de fond.



(68) Corr. Courtrai, 28 mars 2006, T.J.K., 2006, p. 388, note L. STEVENS, «Vrijen in het ouderlijke huis» et J.D.J., 2007, n° 266, p. 42 (sommaire), obs. J. JACQMAIN.

(69) L. STEVENS, «Vrijen in het ouderlijke huis», note sous Corr. Courtrai, 28 mars 2006, T.J.K., 2006, p. 390.

(70) A. DIERICKX, op. cit., p. 106.

(71) S. VANDROMME, «Geen probleem met verschil in leeftijdsgrens verkrachting en aanranding», De Juristenkrant, 2009, p. 5.

(72) O. BASTYNS, «Attentat à la pudeur», op. cit., p. 15.

(73) A. DIERICKX, op. cit., p. 107.