



DROIT PÉNAL

DOSSIER D'ACTUALISATION

J. Bourcellier

Table des matières

TABLE DES MATIERES	2
BIBLIOGRAPHIE NON EXHAUSTIVE.....	6
I. DROIT PENAL GENERAL ET PENOLOGIE	6
II. DROIT PENAL SPECIAL ET DES AFFAIRES	6
I. GENERALITES	7
- Document n° 1 : La loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales et l'application de la loi pénale dans l'espace : de quelques incohérences... (V. Weber, Dr. pénal 2020, étude n° 33) :.....	7
- Document n° 2 : La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! (L. Saenko et S. Detraz, D. 2018, p. 2031) :.....	14
- Document n° 3 : La loi dite « Avia » est morte... pourvu qu'elle le reste ! (S. Safi, Dr. pénal 2020, étude n° 25) :.....	27
- Document n° 4 : « 24, voilons la police ! » (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, repère 2) :	37
II. DROIT PENAL GENERAL	40
A. La légalité pénale.....	40
1) Le principe de la légalité criminelle.....	40
- Document n° 5 : La loi bavarde : l'exemple du guet-apens (F. Safi, Dr. pénal 2021, étude n° 4) : ..	40
2) La loi pénale dans le temps.....	46
- Document n° 6 : Abaissement des modalités d'aménagement de peine par la loi du 23 mars 2019 : application réservée de cette modification plus sévère aux faits commis à compter du 24 mars 2020 (J. Gallois, D. actualité, 19 nov. 2020) :	46
- Document n° 7 : Affaire « Julie » ou l'opposition de la chambre criminelle à une présomption de non-consentement en faveur du mineur de 15 ans (veille J. Gallois, JCP n° 13, 29 mars 2021, 351) :.....	51
3) La loi pénale dans l'espace.....	52
- Document n° 8 : Blanchiment : la compétence de la loi française n'exige ni que l'infraction d'origine ait eu lieu sur le territoire national, ni que les juridictions françaises soient compétentes pour la poursuivre (Ph. Conte, Dr. pénal 2020, comm. n° 135) :.....	52
- Document n° 9 : Application de la loi pénale dans l'espace : pot-pourri de blanchiment (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 23) :	53
B. La responsabilité pénale.....	53
1) Le complice	53
- Document n° 10 : On peut être déclaré complice d'une infraction involontaire (P. Lemoine, AJ pénal 2019, p. 34) :	54
- Document n° 11 : Quand hilarité rime avec complicité (B. Fiorini, AJ pénal 2020, p. 129) :	56
2) La personne morale	58
- Document n° 12 : Responsabilité pénale des personnes morales : nécessaire identification de l'organe ou du représentant (P. Pisoni, Rev. sociétés 2020, p. 697) :.....	58
- Document n° 13 : L'insuffisante identification du dirigeant social (R. Salomon, Dr. sociétés 2020, comm. n° 29) :	59
- Document n° 14 : La représentation d'une personne morale par un délégataire de fait ? (B. Bouloc, Rev. sociétés 2020, p. 563) :.....	61
- Document n° 15 : Infraction commise pour le compte de la personne morale (Ph. Conte, Dr. pénal 2020, comm. n° 73) :	63
- Document n° 16 : Responsabilité pénale d'une personne morale pour défaut de désignation du conducteur du véhicule verbalisé (B. Bouloc, Rev. sociétés 2020, p. 254) :	64
- Document n° 17 : Responsabilité pénale de la société absorbante pour des faits commis par la société absorbée (J. Gallois, D. actualité, 10 déc. 2020).	65
C. Irresponsabilité pénale	72
1) Les causes objectives d'exonération de la responsabilité pénale	72
- Document n° 18 : Portée de la permission de la loi envisagée par l'article 122-4 du code pénal (J. Lasserre-Capdeville, AJ pénal 2020, p. 130) :	72
- Document n° 19 : De l'irresponsabilité pénale en fait d'euthanasie : réflexions à partir d'un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 5 mars 2019 (J. Lagoutte, Dr. pénal 2019, étude n° 22) :	74
2) Les causes subjectives d'exonération de la responsabilité pénale.....	82

- Document n° 20 : Affaire Sarah Halimi : peu important les raisons de la folie (S. Hasnaoui-Dufrenne, D. actualité, 28 avr. 2021) :	82
D. Les peines	86
- Document n° 21 : Non bis in idem : concours idéal d'infractions et qualifications correspondant à des valeurs protégées différentes (Ph. Conte Dr. pénal 2020, comm. n° 138)	86
- Document n° 22 : Non bis in idem : Conditions d'application du principe (Ph. Conte Dr. pénal 2021, comm. n° 20).....	87
- Document n° 23 : Non-cumul d'infractions procédant d'une action unique : la Cour de cassation confirme son approche du principe ne bis in idem (J. Gallois, Rev. sociétés 2021, p. 189) :	89
- Document n° 24: Le sens et l'efficacité des peines dans la Loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (J. Frinchaboy, AJ pénal 2019, p. 198) :	92
- Document n° 25 : Le nouveau sursis probatoire créé par la loi du 23 mars 2019 (S. Detraz, Gaz. Pal. n° 40, 19 nov. 2019, p. 71) :.....	97
- Document n° 26 : La nouvelle peine de détention à domicile sous surveillance électronique : une véritable innovation ? (J. Frinchaboy, Gaz. Pal. 19 nov. 2019, n° 40, p. 75) :.....	102
III. DROIT PENAL SPECIAL	108
A. Les infractions contre les personnes.....	108
1) Les violences	108
- Document n° 27 : Les violences volontaires entre la lettre et l'esprit de l'article 222-13 du code pénal (Y. Mayaud, RSC 2021, p. 89) :	108
- Document n° 28 : De l'aggravation des violences commises dans un établissement pénitentiaire (J.-Ph. Vicentini, AJ pénal 2021, p. 38) :.....	109
2) L'abus de faiblesse	111
- Document n° 29 : Appréciation du caractère « gravement préjudiciable » des agissements du prévenu (Ph. Conte, Dr. pénal 2021 comm. n° 65) :	112
3) Les infractions sexuelles.....	113
- Document n° 30 : Relations sexuelles avec une personne porteuse du VIH (Ph. Conte, Dr. pénal 2019, comm. n° 80) :	113
- Document n° 31 : Éléments constitutifs du viol : encore des progrès à faire ! (A. Darsonville, AJ pénal 2020, p. 590) :.....	115
- Document n° 32 : Précisions sur la définition du viol par surprise (A. Darsonville, AJ pénal 2019, p. 153) :	117
- Document n° 33 : Viol par contrainte : des faits et des mots.- Regards croisés (L. Saenko et M. Mathieu, JCP G 2021, n° 13, 354) :.....	120
- Document n° 34 : Affaire « Julie » ou l'opposition de la chambre criminelle à une présomption de non-consentement en faveur du mineur de 15 ans (J. Gallois, JCP G 2021, n° 13, 351) :	127
- Document n° 35 : Critère du caractère sexuel d'une agression (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 81) : 129	
- Document n° 36 : Infractions sexuelles sur mineurs : lorsque le droit pénal retrouve sa fonction expressive et que la fixation d'un seuil d'âge devient constitutionnellement possible (C. Hardouin-Le Goff, Dr. pénal 2020, étude n° 34) :	132
- Document n° 37 : La loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste.- Une avancée attendue de longue date... au goût d'inachevé (C. Hardouin-Le Goff, JCP 2021, n°s 19-20, 513) :	140
B. Les infractions contre les biens	149
1) Les infractions de droit commun	149
- Document n° 38 : Vol de données légitime ou tentative d'extorsion ? (E. Dreyer, RSC 2019, p. 119) : 149	
- Document n° 39 : Notions de dissimulation et de placement (Ph. Conte, Dr. pénal 2020, comm. n° 107) :	151
- Document n° 40 : Recel de chose (Ph. Conte, Dr. pénal 2020, comm. n° 113) :.....	155
2) Les infractions spécifiques à la vie des affaires	155
- Document n° 41 : Abus de biens sociaux et recel en famille... prenez garde aux présomptions ! (M.-Ch. Sordino, AJ pénal 2019, p. 207) :	155
- Document n° 42 : Gestion de fait et abus de biens sociaux (B. Bouloc, Rev. sociétés 2019, p. 267) : 157	
- Document n° 43 : Abus de biens sociaux : l'intérêt personnel doit être caractérisé (B. Bouloc, Rev. sociétés 2020, p. 179) :.....	161
- Document n° 44 : SAS, conventions réglementées et abus de biens sociaux (M. Chr. Sordino, AJ pénal 2020, p. 29) :.....	163

- Document n° 45 : Abus de biens sociaux et convention réglementée (B. Bouloc, Rev. sociétés 2020, p. 181) :	164
- Document n° 46: Abus de biens sociaux par détournement de clientèle ? (B. Bouloc, Rev. sociétés 2019, p. 696) :	166
- Document n° 47 : Faux, usage de faux, et escroquerie : entre action unique, faits distincts et intérêts protégés différents (M. Lassalle, AJ pénal 2020, p. 524) :	167
- Document n° 48 : Mensonge dans une décision de justice (Ph. Conte, Dr. pénal 2021, comm. n° 42) : 169	
- Document n° 49 : Précisions processuelles et substantielles relatives au délit de banqueroute	172
- Document n° 50 : L'insulte à la misère (J.-H. Robert, Dr. pénal 2019, comm. n° 94) :	173
- Document n° 51 : Conséquences de la non-adhésion de la Principauté de Monaco à l'Union européenne (J.-H. Robert, Dr. pénal 2020, comm. n° 210) :	175
C. Les infractions en matière de terrorisme	179
- Document n° 52 : Code de la sécurité intérieure : prorogation des dispositifs administratifs relatifs à la prévention du terrorisme (W. Roumier, Dr. pénal 2020, alerte 64) :	179
- Document n° 53 : Terrorisme : le Conseil constitutionnel censure l'essentiel de la proposition de loi visant à instaurer des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroriste à l'issue de l'exécution des peines (W. Roumier, Dr. pénal 2020, alerte 79) :	179

Nota bene :

La Commission nationale de l'examen d'accès au CRFPA a indiqué que les sujets, pour la session 2020, devront être traités en faisant abstraction des dispositions d'urgence prises par le Gouvernement sur le fondement de la loi n° 2020-290 du 23 mars 2020 « d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19 » et plus généralement de toutes dispositions légales ou réglementaires prises depuis le mois de mars 2020 en réaction à la crise sanitaire provoquée par le virus Covid-19, ce qui inclut la loi n° 2020-546 du 11 mai 2020 de prorogation de l'état d'urgence sanitaire. En conséquence, ces différentes dispositions n'ont pas été intégrées au cours et à l'actualité.

La Commission ne s'est, en revanche, encore pas prononcée sur le contenu des sujets, pour la session 2021, notamment au regard du nouvel état d'urgence sanitaire, issu de la loi n° 2020-1379 14 novembre 2020 autorisant la prorogation de l'état d'urgence sanitaire et portant diverses mesures de gestion de la crise sanitaire.

Bibliographie non exhaustive

Code pénal, édition en cours (Dalloz ou LexisNexis)

I. Droit pénal général et pénologie

- M. Benillouche**, *Leçons de droit pénal général*, Ellipses, coll. « Leçons de droit », dernière éd.
- B. Bouloc**, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, « Précis », dernière éd.
- F. Desportes et F. Le Gunehec**, *Droit pénal général*, Economica, coll. « Corpus », dernière éd.,
- Y. Mayaud**, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Droit fondamental », dernière éd.,
- X. Pin**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Cours Dalloz », dernière éd.
- J. Pradel**, *Manuel de droit pénal général*, Cujas, coll. « Manuels », dernière éd.,
- M.-L. Rassat**, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. « Cours magistral », dernière éd.
- H. Renout**, *Droit pénal général*, Paradigme, coll. « Manuel », dernière éd.
- G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « Précis », dernière éd.

II. Droit pénal spécial et des affaires

- M. Benillouche et J.-Y. Maréchal**, *Leçons de droit pénal spécial*, Ellipses, coll. « Leçons de droit ».
- D. Calfoun**, *Les infractions en droit pénal spécial*, Gualino, 1^{re} éd.
- Ph. Conte**, *Droit pénal spécial*, LexisNexis, dern. éd.
- M. Daury**, *Droit pénal spécial*, PUF, CEPRISCA, coll. « essais ».
- A. Lepage, P. Maistre du Chambon et R. Salomon**, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, coll. « Manuel », dernière éd.
- M.-P. Lucas de Leyssac et A. Mihman**, *Droit pénal des affaires : manuel théorique et pratique*, Economica.
- J. Pradel et M. Danti-Juan**, *Manuel de droit pénal spécial : droit commun, droit des affaires*, Cujas, coll. « Manuels », dernière éd.
- M. Véron**, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « cours », dernière éd.

* *
*

- N. Jeanne**, *Le droit pénal en cas pratique*, Dalloz, coll. « Réussir mon droit », dern. éd.

I. Généralités

- **Document n° 1 : La loi du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales et l'application de la loi pénale dans l'espace : de quelques incohérences...** (V. Weber, Dr. pénal 2020, étude n° 33) :

Profitant de l'occasion à lui offerte par la loi du 30 juillet 2020 Note 1 , le législateur a récemment modifié certaines des règles d'application géographique de la loi pénale française à l'instigateur, dans l'objectif affiché de mieux appréhender le live-streaming pédopornographique.

- L'ouvrage connaît toutefois quelques lacunes, que l'on peut d'autant plus regretter qu'une législation mieux mûrie aurait pu consacrer des solutions non explorées.

1. - Internet permet, depuis sa création, le développement de nouvelles formes de criminalité. Parmi les plus récentes, figure ce qu'il est déjà coutume d'appeler le live-streaming pédopornographique, consistant à provoquer depuis la France à la commission, à l'étranger, d'une agression sexuelle. Or, l'application de la loi pénale française à ce phénomène criminologique, en raison de l'élément d'extranéité qu'il contient, n'est pas toujours possible. Les lacunes encore récentes de l'arsenal pénal français ont ainsi conduit le législateur à y apporter des modifications importantes par la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020.

2. - Il faut regretter d'emblée que ces modifications procèdent d'un cavalier législatif Note 2 , tant elles découlent de dispositions qui, du propre aveu du législateur Note 3 , sont étrangères à l'objet de la loi dans laquelle elles s'insèrent. Certaines ne figuraient d'ailleurs pas dans la proposition de loi initiale mais ont été ajoutées par la Commission des lois Note 4 . Il en résulte que le législateur semble avoir traité avec une certaine hâte une question qui aurait mérité une réflexion à la fois plus globale et plus approfondie, tant elle s'inscrit dans un dispositif complexe au moins à deux égards.

3. - La première source de complexité provient de ce que celui qui provoque à une infraction est susceptible d'être appréhendé par le droit français, soit comme complice (C. pén., art. 121-7, al. 2), soit comme auteur Note 5 , selon que l'infraction commanditée a été ou non commise ou tentée. Il en découle – et c'est la deuxième source de complexité – que l'application de la loi pénale française ne se déterminera pas nécessairement de la même manière selon que l'instigateur est auteur ou complice Note 6 . En effet, si l'application de la loi pénale française à l'auteur et au complice d'une infraction est, en raison de l'influence persistante de la théorie de l'emprunt de criminalité Note 7 , généralement liée Note 8 , tel n'est pas toujours le cas. Pour éviter que l'inapplicabilité de la loi pénale française à l'auteur n'exclue automatiquement d'attirer son complice devant les juridictions françaises Note 9 , le législateur a en effet prévu, à l'article 113-5 du Code pénal Note 10 , des règles spécifiques d'application de la loi pénale française aux actes de complicité commis en France d'une infraction réalisée à l'étranger.

4. - Or, cette diversité des règles d'application géographique de la loi pénale française selon qu'il s'agit d'un auteur ou d'un complice a conduit la loi du 30 juillet 2020 à consacrer des dispositions qui, prises isolément, sont susceptibles de se justifier mais qui, envisagées dans leur globalité, mènent à des incohérences qui auraient sans doute pu, par une réflexion moins précipitée, être évitées. C'est sur l'une d'elles Note 11 que l'on veut ici insister (1), avant d'envisager les moyens de la résoudre (2).

1. La manifestation de l'incohérence

5. - Pour percevoir l'une des incohérences à laquelle conduisent les modifications opérées par la loi nouvelle, il faut distinguer selon que l'infraction commanditée a été commise ou tentée (A) ou ne l'a pas été (B).

A. - La provocation à une infraction commise ou tentée

6. - Lorsque sont commis en France des actes de complicité d'une infraction réalisée à l'étranger, l'application de la loi pénale française est susceptible Note 12 d'être fondée sur l'article 113-5 du Code pénal. Jadis unique, l'alinéa premier dudit article dispose ainsi que « la loi pénale française est applicable à quiconque s'est rendu coupable sur le territoire de la République, comme complice, d'un crime ou d'un délit commis à l'étranger si le crime ou le délit est puni à la fois par la loi française et par la loi étrangère et s'il a été constaté par une décision définitive de la juridiction étrangère ». C'est dire que l'application de la loi pénale française y est subordonnée à des conditions drastiques qui invitèrent le législateur à y apporter une dérogation importante.

7. - La loi du 30 juillet 2020 est, en effet, venue insérer un alinéa second à l'article 113-5 du Code pénal, qui dispose désormais que la loi pénale française « est également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes prévus au livre II ». Malgré une formulation malhabile qui rend la détermination de sa portée quelque peu incertaine Note 13 , cet alinéa semble constituer une exception au précédent. L'application de la loi pénale française n'y est donc plus conditionnée à l'exigence de double incrimination et à l'existence d'une décision définitive étrangère Note 14 . Cette exception ne concerne toutefois que la provocation à l'un des crimes du livre II du Code pénal. En cas de provocation à un délit, les conditions de l'alinéa premier dudit texte devront donc être observées. Or, c'est précisément sur ce point que les dispositions nouvelles sont incohérentes. Pour s'en rendre compte, envisageons la provocation à une infraction ni commise ni tentée.

B. - La provocation à une infraction ni commise ni tentée

8. - Celui qui provoque à une infraction ni commise ni tentée ne relève évidemment pas de la complicité Note 15 . Il peut, en revanche, être auteur d'une infraction autonome. Telle était l'hypothèse classiquement unique du mandat criminel (C. pén., art. 221-5-1). Or, si la loi nouvelle a cru devoir préciser – inutilement Note 16 – que ce dernier est caractérisé y compris lorsque l'infraction projetée devait être réalisée « hors du territoire national », elle a surtout consacré de nouveaux cas dans lesquels l'instigateur d'une infraction ni commise ni tentée est appréhendé comme auteur. Ainsi en est-il désormais, de celui qui aura vainement provoqué à des actes de torture et de barbarie (C. pén., art. 222-6-4), à un viol (C. pén., art. 222-26-1) ou à une agression sexuelle (C. pén., art. 222-30-2). Or, l'appréhension de cet instigateur en qualité d'auteur n'est pas sans incidence sur l'application de la loi pénale française.

9. - Que l'infraction projetée doive être réalisée à l'étranger ou non, celui qui aura en vain, sur le territoire national, provoqué à sa commission, sera justiciable de la loi pénale française sur le fondement de l'article 113-2 du Code pénal. C'est dire que la loi pénale française lui sera applicable même si l'infraction ni commise ni tentée n'est pas incriminée dans le pays où elle devait se réaliser et n'est pas constatée par une décision définitive étrangère.

10. - De là, il n'y a aucune difficulté lorsque l'infraction commanditée est un crime, tels que l'assassinat (C. pén., art. 221-3), l'empoisonnement (C. pén., art. 221-5), la torture et les actes

de barbarie (C. pén., art. 222-1) ou le viol (C. pén., art. 222-23). Il en va en revanche différemment lorsqu'il s'agit d'un délit, comme l'est l'agression sexuelle (C. pén., art. 222-27 et s.). Dans ce cas en effet, ou bien l'infraction n'aura été ni commise ni tentée et la loi pénale française sera applicable Note 17 sans difficulté à l'instigateur qui aura agi sur le territoire national ; ou bien l'infraction aura été commise ou tentée, et la loi pénale française ne lui sera applicable Note 18 que si l'infraction est punie par la loi étrangère et constatée par une décision définitive étrangère. C'est dire que la loi nouvelle concède meilleure fortune à l'instigateur d'un délit qui n'a été ni commis ni tenté qu'à l'instigateur d'un délit qui a commencé à être exécuté.

11. - Si l'on peut, tout au mieux, espérer que la loi nouvelle incite l'instigateur à provoquer à un délit plutôt qu'à un crime pour bénéficier d'une pareille faveur, il faut regretter qu'une telle incohérence se révèle à l'endroit-même d'une hypothèse qui avait pourtant motivé l'intervention législative. Aussi doit-on se résoudre à suggérer qu'à peine entrée en vigueur, la loi nouvelle soit modifiée.

2. La résolution de l'incohérence

12. - Diverses solutions sont envisageables pour éviter que l'instigateur d'une infraction ni consommée ni tentée soit plus facilement soumis à la loi pénale française que s'il avait provoqué à une infraction ayant déjà commencé à recevoir exécution. Si, en la matière, des solutions médianes sont sans doute préférables (A), une solution plus radicale demeure possible (B).

A. - Les solutions médianes

13. - Plusieurs solutions médianes sont envisageables pour qu'en matière d'agression sexuelle, l'instigateur ne soit pas soumis à des conditions par trop différentes d'application de la loi pénale dans l'espace. Il est ainsi, en premier lieu, envisageable de consacrer une exception aux conditions de l'alinéa premier de l'article 113-5 du Code pénal, propre aux agressions sexuelles. La formulation de celle-ci pourrait être inspirée des exceptions spéciales auxdites dispositions déjà contenues dans le livre IV du Code pénal (V. C. pén., art. 435-6-2, al. 2 et 435-11-2) et figurer à l'article 222-22 du même code pour le clôturer en ces termes : « pour la poursuite de la personne qui s'est rendue coupable sur le territoire français, comme complice, d'une agression sexuelle commise à l'étranger, les conditions de double incrimination et de constatation de l'infraction par une décision définitive de la juridiction étrangère prévues à l'alinéa premier de l'article 113-5 ne sont pas applicables ».

14. - Une telle exception devra toutefois s'articuler avec celle qui y est déjà contenue. Alors, en effet, que la loi pénale française n'est applicable à un délit commis à l'étranger par un Français que s'il est incriminé par la loi étrangère (C. pén., art. 113-6, al. 2), l'alinéa 3 de l'article 222-22 y déroge « lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur » Note 19 . Or, de l'exception nouvelle que nous avons proposée, il découle que la loi pénale française serait, en cas de victime majeure, plus aisément applicable au complice qui agirait en France qu'à l'auteur qui agirait à l'étranger. Aussi, faut-il Note 20 suggérer que l'exception actuelle de l'article 222-22, alinéa 3 du Code pénal soit étendue à toute agression sexuelle commise à l'étranger par un Français ou un résident habituel en France sur une victime mineure ou majeure. Sous cette réserve, la première solution médiane envisagée pourrait être consacrée.

15. - Une modification alternative est, en second lieu, possible. Au lieu, en effet, de prévoir une exception spéciale aux dispositions de l'alinéa premier de l'article 113-5 du Code pénal, il est envisageable d'y consacrer une exception générale. Encore que l'incohérence actuelle

n'existe qu'en matière d'agressions sexuelles – seuls délits du Code pénal dont la provocation non suivie d'effet est érigée en infraction autonome – il peut ainsi paraître de bon augure de prévoir que l'alinéa second de l'article 113-5 s'appliquera, non seulement en cas de « crimes prévus au livre II », mais aussi en cas de délits y contenus. Si l'on peut comprendre, en effet, qu'il ait paru utile au législateur de limiter l'exception aux infractions les plus graves, les délits du livre II, parce que commis contre les personnes, nous paraissent pouvoir en relever. D'ailleurs, les exceptions à l'alinéa 1er de l'article 113-5 du Code pénal spécialement contenues dans le livre IV dudit code ont déjà trait à la matière délictuelle Note 21 . Ainsi, le second alinéa de l'article 113-5 du Code pénal pourrait être formulé comme suit : « elle [la loi pénale française] est également applicable aux actes de complicité prévus au second alinéa de l'article 121-7 commis sur le territoire de la République et concernant, lorsqu'ils sont commis à l'étranger, les crimes et les délits prévus au livre II ».

16. - Si ces deux suggestions font disparaître l'incohérence qui découle des dispositions nouvelles tout en supposant des modifications modérées, il reste loisible d'opter pour une solution plus radicale.

B. - La solution radicale

17. - L'incohérence qui existe en notre matière provient de ce que l'alinéa 2 de l'article 113-5 du Code pénal ne concerne que les crimes. Mais elle découle aussi, en amont, de ce que les règles d'application de la loi pénale française diffèrent selon qu'il s'agit d'appréhender un auteur ou un complice. Or, il demeure possible de prendre le mal à la racine et de suggérer que l'instigateur soit traité, pour l'application de la loi pénale dans l'espace, comme s'il était auteur.

18. - Une telle solution permettrait d'appliquer à l'instigateur les règles d'application géographique de la loi pénale actuellement prévues pour l'auteur. Ainsi, l'acte de provocation serait traité comme relevant de l'infraction elle-même et, commis sur le territoire national, il entrerait dans les prévisions, non pas de l'article 113-5, mais de l'article 113-2 du Code pénal. Et si, d'aventure, la traduction devant une juridiction pénale française de l'instigateur devait, dans une affaire considérée, ne pas paraître pertinente, le principe d'opportunité des poursuites constituera sans doute un gage suffisant.

19. - Cette solution est d'ailleurs consacrée par certaines législations étrangères. Si la plupart ne contiennent pas de dispositions propres à notre hypothèse, d'autres prévoient plus ou moins expressément que relève de la compétence territoriale celui qui provoque, depuis le territoire national, à une infraction commise à l'étranger. Ainsi d'abord, des législations qui prévoient que la complicité a lieu où se réalisent les actes qui la constituent Note 22 ; ce qui, dans ces législations, ne semble avoir d'autre intérêt que de fonder la compétence territoriale. La solution est plus certaine encore lorsqu'un fait de participation permet de localiser l'infraction-même Note 23 . Enfin, l'instigateur est parfois appréhendé en qualité d'auteur Note 24 , d'où il se déduit qu'il relèvera de la compétence territoriale lorsqu'il aura provoqué, depuis le territoire national, à une infraction commise à l'étranger.

20. - Cette solution semble toutefois conduire à une nouvelle incohérence. Ainsi de l'hypothèse dans laquelle l'instigateur agit en France pour commanditer une infraction commise, par un Français, à l'étranger ; alors que le premier sera justiciable de la loi pénale française sur le fondement de la compétence territoriale (C. pén., art. 113-2), le second relèvera de la compétence personnelle active (C. pén., art. 113-6), plus restrictive Note 25 . L'instigateur sera donc plus facilement justiciable de la loi pénale française que l'auteur. Et l'on peut sans doute le regretter, en raison du caractère accessoire de l'instigation ; si tant est qu'on veuille y voir le signe de ce que l'instigation est d'une gravité moindre que l'action. Or, si le receleur fait le voleur, l'instigateur fait sans doute l'auteur. Aussi, la gravité inférieure du

comportement de l'instigateur, que l'on voudrait déduire du caractère accessoire de sa participation, n'est pas résolument affirmée par le législateur qui, au contraire, prévoit que le complice sera puni comme auteur (C. pén., art. 121-6), et non dans une moindre mesure Note 26 . À cela s'ajoute qu'il est, en définitive, possible d'estimer plus grave pour l'instigateur d'avoir commis ses actes sur le territoire national, que pour l'auteur de les avoir commis à l'étranger, si l'on en croit l'importance fondamentale du principe de territorialité.

21. - Aussi, une seconde difficulté est susceptible de naître, qui tient à ce que la compétence territoriale qui attirerait l'instigateur est exclusive, de sorte que la règle ne bis in idem ne recevra pas application. Si l'inconvénient est sérieux, l'on peut estimer que la gravité particulière de l'instigation, équivalente à l'action, est à même de le justifier. Les doubles poursuites ne seront d'ailleurs pas toujours possibles, notamment lorsque l'instigateur a la nationalité française Note 27 : sauf à ce qu'après avoir agi en France, il ait la bonne idée de se rendre en territoire étranger. Et, les doubles poursuites ne s'envisageront pas davantage lorsque le fait principal ne sera pas punissable d'après la loi pénale étrangère.

22. - Il faut encore observer, en effet, que l'assimilation de l'instigateur à l'auteur, pour l'application de la loi pénale française dans l'espace, emporte une troisième conséquence a priori fâcheuse. Lorsque l'instigateur aura provoqué, depuis la France, à la commission d'une infraction à l'étranger et qu'il sera justiciable de la loi pénale française sur le fondement de l'article 113-2 du Code pénal, la condition de double incrimination ne sera, en effet, pas exigée Note 28 . Or, s'il est bien évident qu'une condamnation en France du complice y ayant agi ne sera possible que si le fait principal est puni par la loi pénale française, nul ne sera besoin qu'il le soit par la loi étrangère. Cette solution, curieuse de prime abord, doit-elle être déplorée ?

23. - Il faut d'abord observer que la commission de l'infraction à l'étranger est une circonstance possiblement extérieure à l'instigateur (et dont il peut ne pas même avoir conscience). Objectivement, le comportement de celui qui provoque à une infraction commise à l'étranger est donc en tous points semblable à celui qui provoque à une infraction commise en France.

24. - Ensuite, l'instigation nécessite, techniquement, d'avoir pour support un fait principal punissable. Et l'on pourrait penser que, lorsque le fait principal n'est pas puni par la loi étrangère, cette condition fait défaut. Pourtant, le fait principal existe et il est qualifié d'infraction par la loi car, s'il ne l'est pas par la loi pénale étrangère, il l'est nécessairement par la loi pénale française. N'est-elle d'ailleurs pas toujours celle qui, en définitive et à l'exclusion de la loi pénale étrangère, s'applique ?

25. - Aussi, une analogie est permise avec le blanchiment Note 29 , qui suppose l'existence d'une infraction, non plus principale, mais d'origine (C. pén., art. 324-1). Or, si cette dernière est commise à l'étranger et les actes du blanchiment en France, la question se pose dans les mêmes termes de savoir si l'infraction d'origine doit être punissable d'après la loi pénale étrangère. À l'évidence, le blanchiment commis en France relèvera de l'article 113-2 du Code pénal, qui n'exige pas une réciprocité d'incrimination. Aussi, l'indifférence de la loi pénale étrangère semble confirmée par la jurisprudence Note 30 et transposable au receleur, comme à l'instigateur. Certes, blanchiment et recel sont des infractions autonomes, alors que l'instigation n'est pas même une infraction mais un mode de participation. Toutefois, les uns et l'autre reçoivent des solutions à ce point proches que l'on est sans doute en droit de se demander si la solution qui vaut ici ne devrait pas valoir là.

26. - Enfin, l'indifférence du caractère punissable du fait principal d'après la loi étrangère se justifie subjectivement. Lorsqu'en effet, la condition de double incrimination est exigée, elle est utile pour s'assurer que celui qui aura commis le fait avait connaissance – serait-ce par l'effet d'une présomption – de ce que celui-ci, non seulement était punissable, mais l'était où il a agi. C'est sans doute la raison pour laquelle cette condition n'est pas exigée en matière de

compétence territoriale mais qu'elle l'est Note 31 – ou devrait l'être Note 32 – lorsque la loi pénale française est applicable à une infraction commise à l'étranger. Or, lorsque l'instigateur agit sur le territoire français, il suffit qu'il sache que l'infraction commanditée est punie par la loi qui lui sera appliquée, c'est-à-dire la loi pénale française. Il n'est donc guère besoin de s'assurer, par la condition de double incrimination, qu'il ait connu le caractère ou non punissable, d'après la loi étrangère, du fait commis à l'étranger. Et dans le cas où celui-ci aurait une connaissance accrue des diverses législations, et qu'il en aura profité pour faire commettre une infraction où elle n'est pas réprimée Note 33, il faut sans doute se féliciter de ce que la solution envisagée évite que l'instigateur ne fasse commettre à l'étranger une infraction qu'il lui est interdit de faire commettre en France.

27. - Il est en tout cas certain que l'assimilation de l'instigateur à l'auteur, pour l'application de la loi pénale dans l'espace, ne manque pas de susciter des interrogations légitimes. Mais, les réponses que l'on veut intuitivement y apporter ne sont peut-être pas celles qui, en dernière analyse, devraient l'être. À cet égard, cette solution exigerait assurément la réflexion générale et approfondie à laquelle le législateur du 30 juillet 2020 a manqué. Et si nous ne pouvions pleinement l'éprouver, tant la question intéresse un sujet bien plus vaste que le nôtre, l'on aura seulement souhaité, ici, y inviter...

Note 1 L. n° 2020-936, 30 juill. 2020 : JO 31 juill. 2020 (texte n° 2).

Note 2 V. J.-Cl. Planque, Live-streaming pédopornographique : des violences sexuelles difficiles à appréhender pour le droit pénal français : Dr. pén. 2020, étude 27, n° 21.

Note 3 V. rapp. n° 482 présenté au Sénat au nom de la Commission des lois sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales, p. 66.

Note 4 V. rapp. n° 2587 présenté à l'Assemblée nationale au nom de la Commission des lois sur la proposition de loi (n° 2478), après engagement de la procédure accélérée, visant à protéger les victimes de violences conjugales, p. 62-63.

Note 5 Sur les infractions autonomes incriminant l'instigation, V. infra.

Note 6 Pour une vue générale de l'application de la loi pénale française au complice d'une infraction internationale, V. A. Fournier, La répression de la complicité et ses avatars en droit pénal international : RSC 2003, p. 13.

Note 7 Pourtant sensiblement remise en cause (Cass. crim., 8 janv. 2003, n° 01-88.065 : JurisData n° 2003-017430).

Note 8 Ainsi par exemple, le complice d'une infraction commise en France relève de la compétence territoriale, même s'il agit depuis l'étranger (V. A. Huet et R. Koering-Joulin, Droit pénal international : PUF, coll. Thémis droit, 2005, p. 216).

Note 9 Tel est le cas lorsque le fait principal punissable commis à l'étranger n'est soumis à aucun autre titre à la compétence de la loi pénale française.

Note 10 CPP, art. 690 ancien .

Note 11 Quant à l'incohérence des peines encourues, V. J.-Cl. Planque, *ibid.*, n° 25.

Note 12 Susceptible seulement, car l'article 113-5 du Code pénal n'exclut pas l'application d'autres chefs de compétence, qui pourront fonder l'application de la loi pénale française si les conditions en sont remplies.

Note 13 Sur ce point, V. J.-Cl. Planque, *ibid.*, n° 22.

Note 14 En ce sens, V. not. L. Mary, Présentation de la loi n° 2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales : AJ fam. 2020, p. 384.

Note 15 La complicité suppose en effet un fait principal punissable consistant en une infraction, soit consommée, soit tentée lorsque la tentative est punissable.

Note 16 En ce sens, V. J.-Cl. Planque, *ibid.*, n° 23-24.

Note 17 Sur le fondement de l'article 113-2 du Code pénal.

Note 18 Sur le fondement de l'alinéa 1er de l'article 113-5 du Code pénal.

Note 19 C'est nous qui soulignons.

Note 20 Encore que les arguments évoqués infra, relativement à l'assimilation de l'instigateur à l'auteur, sont valables ici.

Note 21 V. ainsi les articles 435-1 à 435-4 et 435-7 à 435-10 auxquels les articles 435-6-2 et 435-11-2 du Code pénal renvoient.

Note 22 V. par ex. l'article 9, § 3 du code pénal danois, qui peut être traduit comme suit : « les actes de tentative et de complicité sont considérés comme ayant été commis dans l'État danois si l'auteur se trouvait dans ce pays au moment où l'acte a été commis, indépendamment du fait que l'infraction soit commise ou destinée à être commise en dehors de l'État danois » (accessible, en danois, à l'adresse suivante : <https://danskelove.dk/straffeloven>). – V. également l'article 9, § 2 du code pénal allemand, qui peut être traduit ainsi : « la participation est commise à la fois dans le lieu où l'infraction est commise et dans tout lieu où le participant a agi ou, en cas d'omission, aurait dû agir, ou dans le lieu où l'infraction aurait, dans son esprit, dû être commise » (accessible, en allemand, à l'adresse suivante : www.gesetze-im-internet.de/stgb/BJNR001270871.html#BJNR001270871BJNG000102307).

Note 23 V. ainsi l'article 8, § 4 du code pénal roumain, qui peut être traduit ainsi : « l'infraction est considérée comme commise en Roumanie lorsque sur ce territoire, ou sur un navire battant pavillon roumain, ou dans un aéronef immatriculé en Roumanie, a été accompli un acte d'exécution, d'instigation ou de complicité » (accessible, en roumain, à l'adresse suivante : <http://legislatie.just.ro/Public/DetaliuDocument/109855>). – V. également l'article 5 du code pénal péruvien, que l'on peut traduire ainsi : « le lieu de commission d'une infraction est le lieu où l'auteur ou le participant a agi ou omis d'agir, ou le lieu où ses effets se produisent » (accessible, en espagnol, à l'adresse suivante : http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp). – V. enfin l'article 15 du code pénal libanais, qui, dans sa version traduite pour les besoins du TSL (accessible à l'adresse suivante : www.stl-tsl.org/sites/default/files/documents/legal-documents/relevant-lebanese-law/CHA_09_0048_1July2010_FR.pdf), dispose que « l'infraction est réputée commise sur le territoire libanais [...] quand y a été accompli un des éléments constitutifs de l'infraction, un acte d'une infraction indivisible, ou un acte de participation principale ou accessoire ».

Note 24 V. par ex. l'article 66 du code pénal belge (accessible à l'adresse suivante : www.ejustice.just.fgov.be/wet/loi.htm). – L'article 28 du code pénal espagnol (accessible, en espagnol, à l'adresse suivante : www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444). – L'article 66 du code pénal luxembourgeois (accessible à l'adresse suivante : <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20190616>). – Ou encore l'article 26 du code pénal portugais (accessible, en portugais, à l'adresse suivante : <https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/107981223/201708230200/indice>).

Note 25 Il est notamment exigé une condition de double incrimination en matière délictuelle.

Note 26 D'ailleurs, les législations qui punissent le complice moins sévèrement que l'auteur excluent généralement l'instigateur d'un tel bénéfice : V. ainsi les articles 26 et 27 du code pénal allemand. – Les articles 22 et 23 du code pénal bolivien (accessible, en espagnol, à l'adresse suivante : http://tsj.bo/wp-content/uploads/2014/03/3.-Codigo_Penal_y_Procedimiento_Penal.pdf). – Les articles 29 et 30 du code pénal chinois (accessible, en anglais, à l'adresse suivante : <https://law.moj.gov.tw/Eng/LawClass/LawAll.aspx?PCode=C0000001>). – L'article 30 du code pénal colombien (accessible, en espagnol, à l'adresse suivante : www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1663230). – Les articles 61 à 63 du code pénal japonais (accessible, en anglais, à l'adresse suivante : www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/PC.pdf). – Et les articles 24 et 25 du code pénal suisse

(accessible à l'adresse suivante : www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19370083/index.html).

Note 27 La France n'extrade pas, en effet, ses nationaux. Mais il est vrai qu'un mandat d'arrêt européen demeurera parfois possible.

Note 28 Il en va de même dans les législations étrangères qui admettent que l'instigation commise sur le territoire national relève de la loi nationale sur le fondement de la compétence territoriale, bien que cela ne soit pas toujours expressément indiqué. Seul, à la vérité, le code pénal allemand est, sur ce point, des plus explicites, dont l'article 9, § 2 peut être traduit ainsi : « si le participant à une infraction commise à l'étranger a agi en Allemagne, le droit pénal allemand s'applique à la participation, même si l'acte n'est pas punissable selon la loi du lieu du crime ».

Note 29 Ou avec le recel.

Note 30 V. Cass. crim., 24 févr. 2010, n° 09-82.857 : JurisData n° 2010-000779 ; Bull. crim. n° 37.

Note 31 Ainsi en matière de compétence personnelle active, conformément à l'article 113-6 du Code pénal. Et, si tel est également parfois le cas en matière de compétence universelle, alors qu'on peut penser qu'elle est inutile tant la gravité des crimes devrait induire leur connaissance par tous, une telle exigence s'explique par l'absence de consensus international sur leur définition.

Note 32 Elle ne l'est pas, par exemple, en matière de compétence personnelle passive alors qu'elle aurait, subjectivement, mérité de l'être.

Note 33 Elle peut d'ailleurs ne pas l'être, non par volonté législative, mais par l'effet d'une lacune.

- **Document n° 2 : La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes : les femmes et les enfants d'abord ! (L. Saenko et S. Detraz, D. 2018, p. 2031) :**

La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes est un texte né du scandale et de l'émotion. Son parcours parlementaire, pour le moins chaotique, suffit à l'illustrer : des promesses politiques intenables, des réécritures à la chaîne, etc., ont donné naissance à un texte dont les avancées, pourtant socialement intéressantes car tournées vers la protection des femmes et des enfants avant tout.e.s, sont gâchées par la qualité médiocre de l'écriture.

1. Comme beaucoup d'autres, la loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, adoptée dans le creux de l'été après une vague de débats acharnés qui auront marqué l'année 2018(1), est née d'un choc. Celui de voir, dans le plus pur respect du droit, des majeurs ayant eu des relations sexuelles avec des mineurs de moins de quinze ans être poursuivis, au moins dans un premier temps, sur le terrain des atteintes sexuelles sur mineurs et non sur celui des agressions sexuelles(2). Ces affaires ont révélé l'inadaptation du droit positif, peu en phase avec le monde d'aujourd'hui et ses aspirations (libération de la parole, réseaux sociaux, phénomènes d'ampleur mondiale, etc.). Car, sur une délinquance traditionnellement dissimulée dans les abîmes du secret et de la honte, c'est un torrent de transparence qui s'est déversé récemment, réveillant de vieilles questions que l'on avait pris le réflexe de ne plus se poser : la place de la femme dans la société d'aujourd'hui, le pouvoir de l'adulte sur l'enfant, le sens même du consentement (qu'est-ce que consentir - réellement - à une relation sexuelle ?) : tels sont les défis auxquels doit pouvoir répondre un

droit pénal moderne et efficace, désireux de mieux protéger les femmes et les enfants, premières victimes - ô combien - des agressions sexuelles.

2. Le législateur a donc décidé d'agir - trop ? - vite en soumettant un projet de loi à la procédure parlementaire accélérée. La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 en est le résultat, qui réforme en premier lieu la prescription de l'action publique(3). Il est vrai qu'en la matière, ne serait-ce qu'à cause des répercussions psychologiques de tels actes, le temps est un véritable obstacle aux poursuites. En en prenant acte, la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 avait déjà procédé à l'allongement du délai de prescription en matière d'agressions sexuelles commises sur mineurs (passé à vingt ans) ainsi qu'au report de son point de départ (fixé à la majorité). Mais le doublement des délais de prescription opéré par la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 a incidemment effacé la spécificité de ce régime, la prescription criminelle de droit commun étant désormais fixée à vingt ans. La loi du 3 août 2018 a donc modifié l'article 7 du code de procédure pénale, dont les alinéas 2 et 3 prévoient désormais un délai de prescription de trente ans. Mais, au-delà de cet aspect purement procédural, la loi nouvelle s'avère réformer en profondeur le droit pénal du sexe(4), de près (c'est la question des atteintes sexuelles : I) comme de loin (c'est la question de l'outrage sexuel : II).

I - Les atteintes sexuelles

3. En ce qui concerne les atteintes sexuelles, la loi du 3 août 2018 contient un certain nombre d'innovations importantes, tantôt à portée générale (A), tantôt à portée spéciale (B).

A - Les modifications à portée générale

4. À très général, la loi du 3 août 2018 procède à des modifications notables, tant de certaines infractions principales que de certaines circonstances aggravantes.

5. En ce qui concerne les infractions principales, d'une part, la loi du 3 août 2018 modifie assez substantiellement l'écriture du viol, classiquement défini comme « Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise (...) ». Associée à un élément matériel qui prend corps dans une pénétration, la référence aux mots : « sur la personne d'autrui » a pour effet naturel d'exclure du champ de l'infraction - au-delà de la personne décédée(5) -, la personne même de l'auteur. Seule la victime devant être pénétrée, la pénétration réalisée par la victime sur la personne de l'auteur (lorsque la première subit une fellation forcée de la part du second, ou lorsque la première est contrainte par le second à le pénétrer) était insusceptible d'être qualifiée de viol, mais uniquement d'agression sexuelle. Sauf un arrêt isolé(6), la jurisprudence allait généralement dans ce sens(7). Respectueuse de la légalité, cette position était tout de même relativement injuste en termes d'égalité (ou plutôt de parité, comme on dirait aujourd'hui). Car elle discriminait injustement les personnes de sexe masculin qui, lorsqu'on leur imposait une fellation ou une pénétration (sur le corps de l'auteur), ne pouvaient se prétendre victimes de viol à défaut d'avoir été pénétrées - bien qu'elles aient pénétré. C'est à cette inégalité que la loi nouvelle a voulu mettre un terme. En prévoyant désormais que le viol est « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise », le texte permet de qualifier comme tel les hypothèses évoquées ci-dessus. On regrettera quand même que le texte ne soit pas plus précis, dans la mesure où il n'énonce pas clairement que la pénétration doit émaner de la victime, comme si elle pouvait émaner d'un tiers - ce qui, alors, ouvrirait une concurrence regrettable avec l'hypothèse visée à l'article 222-22-2 du code pénal(8).

6. Au-delà du viol, la loi réécrit tout aussi substantiellement - mais de façon moins décisive - les atteintes sexuelles. Alors que l'article 227-25 disposait jusqu'alors que « le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende », il dispose désormais que « Hors le cas de viol ou de toute autre agression sexuelle, le fait, par un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende ». Au-delà de l'augmentation non négligeable de la peine encourue, plusieurs enseignements doivent être tirés de ce nouveau texte. D'abord, le cas d'une atteinte sexuelle aggravée par pénétration sexuelle, qui avait fait grand bruit, a été supprimé devant le Sénat(9). Il est vrai que la différence entre l'infraction d'atteinte sexuelle aggravée par pénétration et le viol, qui se consomme de la même façon, aurait été délicate - bien que, en droit, possible(10). Ensuite, l'atteinte sexuelle sur mineurs de quinze ans n'apparaît plus en opposition au viol ou aux autres agressions sexuelles (par le fait qu'elles ne nécessitent pas d'acte de violence, contrainte, menace ou de surprise - qui disparaissent au demeurant du texte), mais plutôt comme un complément nécessaire. Le texte suggère implicitement, en effet, que les qualifications de viol et autres agressions sexuelles doivent se poser dans un premier temps, et, si elles ne sont pas qualificables, celle d'atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans dans un second. C'est du reste cette philosophie qui explique que la loi nouvelle introduise dans le code de procédure pénale de nouvelles dispositions relatives à la cour d'assises et aux questions subsidiaires qui peuvent y être posées. On sait qu'une question est subsidiaire lorsque, comportant une qualification du fait principal autre que celle qu'avait retenue, pour le même fait, la décision de mise en accusation, elle est posée en cas de réponse négative à la question principale(11). En d'autres termes, si la question subsidiaire porte sur une nouvelle qualification et que la cour et le jury ont répondu négativement à la question principale résultant de la décision de mise en accusation, le président doit agir d'office et la poser (l'ancien texte ne dispose-t-il pas que le président « pose une ou plusieurs questions subsidiaires » ?). Quel serait alors, dans ce cas, l'apport du nouvel alinéa 2 de l'article 351 du code de procédure pénale, selon lequel : « Lorsque l'accusé majeur est mis en accusation du chef de viol aggravé par la minorité de quinze ans de la victime, le président pose la question subsidiaire de la qualification d'atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans si l'existence de violences ou d'une contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats » ? Aucun, si ce n'est, pour les atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans exclusivement, donner à cette question subsidiaire une portée symbolique plus forte - bien que très restrictive(12).

7. Preuve de sa modernité, la loi du 3 août 2018 tient également compte des nouvelles pratiques qui se développent dangereusement, dans le milieu de la nuit notamment. À cette fin, elle crée un nouvel article 222-30-1 du code pénal, aux termes duquel « Le fait d'administrer à une personne, à son insu, une substance de nature à altérer son discernement ou le contrôle de ses actes afin de commettre à son égard un viol ou une agression sexuelle est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende »(13). Le délit nourrit une ambition réaliste et louable : punir l'administration de certaines drogues (du type GHB) sur autrui, administration qui, bien souvent, ne constitue qu'un acte préparatoire au viol ou à des agressions sexuelles et qui, à ce titre, est insusceptible d'être appréhendée sur terrain de leur tentative respective. La constitution de l'infraction reste toutefois conditionnée à une bien délicate preuve du dol spécial, à savoir que l'auteur a commis ladite administration « afin de commettre (à l'égard de la victime) un viol ou une agression sexuelle ». Le contexte jouera dès lors certainement un rôle crucial dans la qualification pénale des faits. Aussi, un tel dol ne pourra sans doute pas ressortir de la simple et seule administration d'un tel produit en boîte de

nuit, par exemple. Un acte supplémentaire sera sans doute nécessaire (ramener la victime à son domicile, la déshabiller, etc.).

8. En ce qui concerne les circonstances aggravantes, d'autre part, le législateur s'est montré tout aussi ambitieux et plusieurs nouveautés se démarquent assez nettement. D'abord, le viol se trouve désormais puni de vingt ans de réclusion criminelle lorsque celui-ci « est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité ou dépendance résultant de la précarité de sa situation économique ou sociale est apparente ou connue de l'auteur »(14). Intronisée par la loi n° 2012-954 du 6 août 2012 en matière de harcèlement sexuel(15), cette circonstance aggravante trouve désormais à s'appliquer en matière de viol et d'agressions sexuelles, ce qui n'est pas sans cohérence - même si l'on pourrait longtemps débattre des moyens et des conditions pour utilement distinguer une situation économique ou sociale précaire de celle qui ne l'est pas. Ensuite, la loi nouvelle étend la circonstance aggravante d'inceste aux majeurs. On se souvient qu'après sa déclaration d'inconstitutionnalité par la décision du 16 septembre 2011(16), l'article 222-31-1 du code pénal, tel que réécrit par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016, avait limité l'appellation de viols ou d'agressions sexuelles à caractère incestueux aux cas où les faits étaient commis « sur la personne d'un mineur ». Cette discrimination ne s'expliquant par aucune raison objective (sauf celle tenant à vouloir protéger davantage les uns en ne protégeant pas les autres(17)), le législateur a décidé d'ouvrir cette circonstance aggravante à toute personne, sans seuil d'âge(18). Le viol ou les agressions sexuelles à caractère incestueux pourront donc désormais s'appliquer entre adultes ou par un mineur sur un adulte. De plus, et en miroir de l'article 222-30-1 du code pénal évoqué ci-dessus, le législateur a érigé l'administration d'une substance à une victime afin d'altérer son discernement ou le contrôle de ses actes en circonstance aggravante du viol (alors passible de vingt ans de réclusion criminelle(19)) et d'agressions sexuelles (alors passibles, selon le dommage causé, tantôt de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende(20) ; tantôt de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende(21)). On note, par ailleurs, que la loi du 3 août 2018 crée une nouvelle circonstance aggravante générale, caractérisée au cas présent par le fait qu'un mineur était présent et a assisté aux faits. L'hypothèse concerne désormais le viol(22), les agressions sexuelles autres que le viol(23) ainsi que les harcèlements sexuel(24) et moral (qu'il soit familial(25) ou général(26)). Enfin, la loi nouvelle a voulu étendre la circonstance aggravante tenant au fait que la victime est âgée de quinze ans et moins à des délits qui n'étaient pas concernés jusqu'alors. C'est ainsi que, selon le nouvel alinéa 3 de l'article 223-6 du code pénal, le délit d'omission de porter secours est désormais passible d'une peine de sept ans d'emprisonnement et 100 000 € d'amende lorsqu'il est commis sur un mineur. Quant à l'article 434-3, alinéa 2, du code pénal, il réprime dorénavant la non-dénonciation de mauvais traitement de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende dans la même circonstance.

9. Au-delà de ces textes de portée générale, la loi du 3 août 2018 procède également à des modifications plus spéciales, davantage tournées vers la protection des mineurs de 15 ans.

B - Les modifications à portée spéciale

10. Au titre des modifications de portée spéciale, c'est, bien sûr, le régime des agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans qui a été au coeur des attentions du législateur. On se souvient que l'ambition première de ce dernier était de créer à leur bénéfice une sorte de présomption de non-consentement. L'idée était de réduire la fracture, jusqu'ici classique en droit positif, entre les agressions sexuelles (dont la consommation, par une pénétration sexuelle ou non, exige de la part de l'auteur qu'il commette sur sa victime un acte de violence,

de contrainte, de menace ou de surprise) et les atteintes sexuelles (qui, concernant uniquement les mineurs de quinze ans et se consommant, encore, par une pénétration sexuelle ou non, ne l'exigent pas). Cette division - et la différence de pénalité qui en ressort(27) - s'expliquait par la volonté de trouver un certain équilibre entre, d'une part, la nécessité de punir le majeur entretenant des relations sexuelles avec un mineur de quinze ans et, d'autre part, la prise en compte du caractère consenti de cette relation et que manifestait, en droit tout du moins, l'absence d'acte de violence, de contrainte, de menace ou de surprise de la part de l'auteur. C'est justement ce lien de causalité « intellectuel » entre l'absence de commission de tels actes, d'un côté, et le prétendu consentement du mineur, de l'autre, que le projet de loi a voulu rompre. L'idée est la suivante : ce n'est pas parce qu'un mineur ne subit pas de tels actes qu'il consent pour autant véritablement, intérieurement, à la relation sexuelle avec un majeur.

11. Tel était donc l'objet du texte présenté par le gouvernement au Conseil d'État(28), dont l'article 2 prévoyait que « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur un mineur de quinze ans par un majeur » constituerait un viol « lorsque l'auteur connaissait ou ne pouvait ignorer l'âge de la victime »(29). Le risque d'inconstitutionnalité, très fort, a néanmoins été souligné par la juridiction administrative(30), qui a relevé que l'élément intentionnel ne pouvait se réduire à la seule connaissance qu'aurait eue l'auteur de l'âge de sa victime - et sur lequel, de surcroît, toutes les difficultés allaient fatalement se cristalliser dans le contentieux. Le gouvernement a alors réécrit sa copie. Il ne s'agissait plus, dès lors, de permettre une qualification automatique de viol mais de faciliter la démarche probatoire du juge dans l'établissement de certaines circonstances particulières propres aux agressions sexuelles, à savoir la contrainte et la surprise. On sait, en effet, que la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 avait déjà cherché à réduire la dichotomie entre les agressions sexuelles et les atteintes sexuelles en créant un article 222-22-1 du code pénal, aux termes duquel « [la] contrainte (...) peut être physique ou morale », sachant « [qu'elle] peut résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». Le « peut » n'était toutefois qu'un appel appuyé à la conscience du juge qui, lorsqu'il relevait un écart d'âge entre l'auteur majeur et la victime mineure, était invité à qualifier la contrainte morale et, par conséquent, le viol plutôt que les atteintes sexuelles(31). Tel que transmis à l'Assemblée nationale, le projet de loi réécrit avait pour but de compléter ce dispositif en facilitant encore plus la qualification de la contrainte morale et de la surprise. Complété, l'article 222-22-1 du code pénal aurait ainsi disposé que : « lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise peuvent 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 ». Clairement, il ne s'agissait plus de qualifier ipso facto de viol la relation sexuelle entretenue par un majeur avec un mineur de quinze ans - au motif que ce dernier était présumé non consentant ; seulement de permettre au juge, s'il le jugeait opportun, de qualifier plus facilement la contrainte morale ou la surprise telles qu'elles constituent toutes les deux des supports classiques des agressions sexuelles. C'était donc un pas vers le viol, mais pas du viol en tant que tel.

12. L'Assemblée a manifestement opté pour un texte plus serré. Tel que transmis au Sénat, celui-ci disposait, en effet, que : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, 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 ». Certes, le texte ne présentait plus de risque d'aléa judiciaire (la contrainte morale et la surprise « sont caractérisées [par] », disait-il, et non plus : « peuvent résulter [de...] »). Mais il portait quand même en lui de graves lacunes. Car que signifie exactement « l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour consentir à ces

actes » ? Cela signifie-t-il, d'abord, qu'un état de vulnérabilité de la victime de quinze ans doit être constaté au préalable, pris notamment du fait que celle-ci ne dispose pas du discernement nécessaire pour consentir à ces actes ? Cela signifie-t-il, ensuite, qu'il faille constater l'« abus » de cette vulnérabilité de la part du majeur ? Mais comment ?

13. Le Sénat n'a pas levé le voile sur toutes ces questions. De toute évidence, la chambre haute du parlement a souhaité conserver la même mécanique que celle adoptée par l'Assemblée nationale, à savoir le recours, non pas à une présomption de non-consentement, mais à une qualification plus aisée de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise. Mais un certain pas en arrière était perceptible, les « peut/peuvent » s'étant substitués aux « est/sont » (art. 222-22-1, al. 1er, c. pén., seconde phrase : « La contrainte morale peut résulter de (...) » ; art. 222-22-1, al. 2, c. pén. : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale (...) ou la surprise (...) peuvent être caractérisées par (...) »). Est-ce à dire, alors, qu'aucun progrès réel n'était réalisé depuis la loi de 2010 ? Sans doute pas, car le Sénat avait également proposé de doter l'article 222-23 du code pénal (consacré au viol) d'un second alinéa, ainsi libellé : « La contrainte est présumée lorsque l'acte de pénétration sexuelle est commis par un majeur sur la personne d'un mineur incapable de discernement ou lorsqu'il existe une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur des faits ». Aux conditions fixées par la loi, le juge aurait dès lors été contraint de qualifier de viol le rapport sexuel entretenu entre un majeur et un mineur de quinze ans.

14. Au terme de la commission mixte paritaire, un compromis a été trouvé entre les deux chambres. La loi du 3 août 2018 s'en fait l'écho puisque, désormais, l'article 222-22-1 du code pénal contient trois alinéas. Si le premier n'a guère changé (« La contrainte prévue par le premier alinéa de l'article 222-22 peut être physique ou morale »), les deuxième et troisième concernent les mineurs (al. 2) et, en particulier, les mineurs de quinze ans (al. 3). À propos, d'une part, de l'article 222-22-1, alinéa 2, du code pénal, celui-ci dispose dorénavant que : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale (...) ou la surprise (...) peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime, cette autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». Deux observations s'imposent ici. La première, d'abord, pour souligner qu'à une logique dure (qui s'impose au juge) a été préférée une logique souple (qui se contente de lui suggérer que lorsque le mineur a entre quinze et dix-huit ans, la contrainte morale et la surprise « peuvent » résulter de la différence d'âge existant entre lui et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que ce dernier exerce sur lui). La seconde, ensuite, pour constater qu'afin de tenir compte des souhaits du Sénat, il a été apporté cette précision : « [cette] autorité de fait pouvant être caractérisée par une différence d'âge significative entre la victime mineure et l'auteur majeur ». Encore une fois, on remarque que le système n'a rien d'impératif (« pouvant être »), de sorte que si une telle différence d'âge existe entre le majeur auteur et le mineur victime, le juge aura le loisir de qualifier l'autorité de fait et, par-delà, la contrainte morale ou la surprise. Toute la difficulté va maintenant consister à distinguer la différence d'âge significative de celle qui ne l'est pas. D'autre part, à propos de l'article 222-22-1, alinéa 3, du code pénal, celui-ci dispose que : « Lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes ». Cette fois, contrairement à l'alinéa précédent, le système est clairement impératif : lorsque la victime est un mineur de quinze ans, la contrainte morale et la surprise « sont » caractérisées. Mais par quoi ? Par « l'abus de la vulnérabilité du mineur ne disposant pas du discernement

nécessaire pour ces actes », dit le texte. La rédaction, disons-le, est très peu claire. Car, sauf à créer un cas de présomption irréfragable de non-consentement - que le gouvernement a justement voulu éviter⁽³²⁾ -, le texte exige la démonstration de trois circonstances qui, sauf dans le cas des très jeunes enfants⁽³³⁾, n'est pas si évidente à rapporter, même pour des mineurs de quinze ans. C'est qu'en effet, pour que la contrainte morale et la surprise soient caractérisées au sens de l'article 222-22-1, alinéa 3, il faudra démontrer, d'une part, son absence de discernement ; d'autre part, sa vulnérabilité ; et, enfin, l'abus de cette vulnérabilité. Une véritable fricassée de notions parmi les plus floues du droit pénal français, en somme - d'autant plus inutile que la condition du non-discernement se suffisait sans doute à elle seule.

15. La loi du 3 août 2018 veut donc punir plus sévèrement les atteintes sexuelles. Y parvient-elle pour autant ? Rien n'est moins sûr, tant les nouveaux textes (ceux consacrés aux agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans au premier chef) s'engouffrent dans des méandres de détails dont le juge, par son appréciation au cas par cas, ressortira sans nul doute grand vainqueur. En va-t-il de même pour l'autre nouveauté de la loi, relative aux outrages à caractère sexuel ?

II - Les outrages à caractère sexuel

16. La loi du 3 août 2018 comporte de nombreuses dispositions modifiant ou créant des infractions qui, sans constituer des agressions ou atteintes sexuelles stricto sensu, présentent néanmoins un caractère sexuel ou sexiste ; ainsi du harcèlement sexuel (A), de l'outrage sexiste (B) et du voyeurisme (C). La réflexion criminologique à l'origine de certaines de ces dispositions est cependant indigente. La lecture de rapports parlementaires permet en effet de comprendre que le postulat a été le constat du « vide juridique » [sic] existant en la matière, à cause duquel « le droit français (...) ne permet pas de répondre à l'ensemble des situations ». Or ce prétendu « vide juridique » n'est autre que le domaine de la liberté, que préserve le principe de légalité criminelle en clôturant les textes d'incriminations qui le morcellent çà et là. Il est certes nécessaire d'assigner à ce territoire de saines et ponctuelles limites : « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui »⁽³⁴⁾. Mais, outre que, en général, « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société »⁽³⁵⁾, il existe, en particulier, un principe de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines, en vertu duquel le législateur doit s'abstenir de créer des infractions inutiles ou démesurées. Or, dans l'un des rapports de l'Assemblée nationale, ce sont expressément des « comportements à la frontière des règles du savoir-vivre et de l'infraction pénale » que l'on se propose de réprimer, tels que des « sifflements » ou des « questions intrusives sur la vie sexuelle », et même des « jambes écartées » - atteinte avérée à l'intérêt général.

17. Le but de la loi nouvelle est pour autant louable : lutter contre le sexisme - il s'agit ouvertement de la seule misogynie dans les travaux préparatoires -, afin de prévenir les conséquences plus ou moins graves qu'en subissent les victimes dans leur chair, leur liberté ou leur esprit. Par ailleurs, les textes finalement entrés en vigueur ne sont pas aussi monstrueux que le projet initial le laissait, à certains égards, redouter. Cependant, un léger vent d'ordre moral souffle sur eux. La contravention de sexisme, dit l'article 621-1, IV, du code pénal, expose ainsi ses auteurs, outre la peine principale, non moins qu'à « 1° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de lutte contre le sexisme et de sensibilisation à l'égalité entre les femmes et les hommes ; 2° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de citoyenneté ; 3° L'obligation d'accomplir, le cas échéant à leurs frais, un stage de sensibilisation à la lutte contre l'achat d'actes sexuels ; 4° 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 ». N'est-ce pas empêcher

les citoyens d'avoir leurs opinions - qui, en d'autres contrées, peuvent par ailleurs passer pour la norme ? Il doit en effet leur être permis de concevoir la place respective des hommes et des femmes comme on le faisait déjà au Moyen-Âge - d'autres, ou les mêmes, croient bien en des choses plus anciennes -, sans pour cela être « rééduqués » par la République, dès lors qu'il n'en résulte pas un danger pour la société : « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi »(36). Or, lorsque le comportement punissable peut se réduire à l'expression d'un « propos » à « connotation sexiste » plaçant son destinataire dans une simple situation « offensante », comme dans l'article précité, il y a bien lieu de s'interroger sur le manque de tempérance manifesté par le législateur pénal.

A - Mutualisation du délit de harcèlement sexuel ou sexiste

18. Le harcèlement sexuel, incriminé à l'article 222-33 du code pénal, a subi quelques retouches. En premier lieu, l'on sait que, après avoir été jugée à tort insuffisamment claire et précise(37) et abrogée de ce fait(38), l'incrimination a été rétablie en des termes plus obscurs encore (« connotation », « dignité », « situation (...) hostile », « toute forme de pression grave ») et scindée en deux types : d'un côté, le faux harcèlement sexuel (en réalité de caractère moral), qui requiert des propos ou comportements répétés ; de l'autre, le vrai harcèlement sexuel (qui vise à l'obtention de faveurs de cette nature-là), mais présenté comme « assimilé », et dont l'acte constitutif peut ne pas être répété(39). C'est à la première forme du délit que, en raison de l'exigence de répétition qui y est associée, la loi du 3 août 2018 a apporté des modifications. Ainsi, l'infraction est désormais réputée constituée « 1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; 2° 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 »(40).

19. Dans la première variante, il est alors nécessaire que les coauteurs - au nombre minimal de deux (« plusieurs ») - agissent soit de manière concertée (c'est-à-dire en exécution d'une entente préalablement formée entre eux tous), soit à l'instigation de l'un d'entre eux (peu important, dans ce cas, l'éventuelle spontanéité des faits ou indépendance réciproque des divers individus incités à agir par l'instigateur(41)). Il faut, en revanche, que chacun des individus ne répète pas ses propos ou son comportement : le texte, sur le mode indicatif (« n'a ») et non pas conditionnel (« n'aurait »), énonce, en effet, que « chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée »(42). L'on doit en déduire que, dans l'hypothèse inverse d'un acte répété, son auteur réalise à lui seul une infraction distincte, qui s'ajoute à celle perpétrée en commun par les autres agents. En outre, il pourrait s'évincer de la rédaction des dispositions en question une condition d'unité de temps (sinon de lieu), en vertu de laquelle les agissements des coauteurs devraient être accomplis lors d'une même scène d'ensemble(43). En effet, dans sa seconde forme, le « co-harcèlement » sexuel se réalise à l'inverse au moyen de propos ou comportements imposés « successivement »(44) par plusieurs personnes, mais uniquement lorsque ces dernières « savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition »(45) (du point de vue de la victime unique), et alors même que chacune agirait de son propre chef ou - comme cela est expressément prévu - qu'elles ne se seraient pas concertées.

20. Au total, à la condition que l'on ait affaire à la « même victime »(46), l'élément matériel de l'infraction peut aujourd'hui être l'oeuvre de plusieurs individus dont chacun n'en réalise

qu'une portion, en ce qu'il tient des propos ou adopte un comportement de façon non répétée. La loi consacre ainsi la notion stricte de coaction, qui consiste à prendre part à l'infraction en tant qu'auteur, et non pas de complice, sans pour autant en réaliser l'intégralité des éléments constitutifs(47). Mais elle a ainsi engendré une difficulté, en ce que le délit de harcèlement sexuel - de même que celui de harcèlement moral - est aggravé lorsqu'il est commis « par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ». La pluralité d'auteurs peut, en effet, être à la fois une condition de constitution de l'infraction (en cas d'actes individuels non répétés) et une cause d'aggravation des peines applicables à celle-ci - dualité de nature pourtant proscrite, semble-t-il, par le Conseil constitutionnel(48). Au surplus, alors que les nouvelles modalités de commission du harcèlement ont été instaurées afin de permettre la sanction des « raids numériques » dirigés contre une victime (notamment en milieu scolaire), elles peuvent donner lieu à l'application de la nouvelle circonstance aggravante tenant à « l'utilisation d'un service de communication au public en ligne ou par le biais d'un support numérique ou électronique », si bien qu'une nouvelle fois un même élément dicte la définition de l'infraction et en provoque l'aggravation.

21. En second lieu, le délit se voit également amplifié par le fait que les propos ou comportements de harcèlement peuvent aujourd'hui être « à connotation sexuelle ou sexiste » - et non plus seulement sexuelle -, ce qui risque de conférer à l'article 222-33 du code pénal une portée déraisonnable eu égard à l'ampleur (et l'imprécision) des termes « connotation »(49) et « sexiste ».

B - Instauration d'une contravention de sexisme

22. La contravention(50) d'« outrage sexiste » a vu le jour - à la place du « harcèlement de rue » initialement envisagé -, malgré le feu des critiques doctrinales qui l'ont visée lorsqu'elle n'était encore qu'en gestation(51). Le bébé présente finalement une conformation des plus ordinaires : « Constitue un outrage sexiste le fait, hors les cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2, d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante », dit l'article 621-1 du code pénal. L'on y reconnaît, trait pour trait, l'un de ses frères aînés, le délit de harcèlement sexuel de l'article 222-33, I, la répétition des propos ou comportements en moins. Telle est, en effet, la différence entre les deux infractions : là où le harcèlement sexuel requiert normalement des propos ou comportements réalisés « de façon répétée », l'outrage sexiste est constitué par la seule imposition d'un propos ou d'un comportement - serait-il unique. Cependant, comme il a été vu précédemment, les nouvelles formes du harcèlement permettent d'assouplir la condition de réitération en cas de pluralité d'individus agissant de manière coordonnée ou en connaissance de cause. Par conséquent, en vertu du 2° de l'alinéa 2 du I de l'article 222-33, la personne qui réalise un acte non réitéré, comme tel constitutif d'une simple contravention d'outrage sexiste, mais en sachant que la victime a déjà subi de tels faits, se rend coupable de harcèlement sexuel.

23. En outre, si, de facto, répétition il y a, la contravention de sexisme ne peut radicalement plus être constituée, car l'article 621-1 du code pénal prend le soin d'indiquer qu'elle ne peut correspondre aux « cas prévus aux articles 222-13, 222-32, 222-33 et 222-33-2-2 ». Ce faisant, le texte empêche également que l'outrage sexiste puisse, malgré l'accomplissement de son fait matériel, être juridiquement constitué de propos ou comportements par ailleurs répréhensibles en tant que violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou nulle et commises dans certaines circonstances (notamment « à raison du

sexe, de l'orientation sexuelle ou de l'identité de genre vraie ou supposée de la victime »), qu'exhibition sexuelle ou que harcèlement moral général. Voilà qui tend à démontrer le caractère inutile ou excessif de la nouvelle infraction, dont l'élément matériel soit correspond déjà à une autre incrimination (pensons également aux injures publique et non publique(52)), soit se réduit à des propos ou comportements ne devant pas relever du droit pénal.

24. Par ailleurs, la nouvelle contravention reproduit les mêmes difficultés d'interprétation que le délit de harcèlement sexuel, à raison de l'extrême inconsistance des notions employées, qu'accentuent, d'une part, la simple condition de propos ou comportements « à connotation » sexuelle ou sexiste et, d'autre part, la question du mode d'appréciation in abstracto ou in concreto des conséquences néfastes engendrées par ces agissements. Pour conclure, en quoi pourrait consister l'infraction ? Au pire, dans le fait, pour le mari, de rétorquer à sa femme qui lui reproche de ne pas contribuer aux tâches ménagères que c'est naturellement à elle de s'en occuper : voilà un propos sexiste qui, à juste titre, peut être jugé humiliant ou offensant pour l'épouse. Peut-être néanmoins l'évocation, par l'article 621-1 du code pénal, d'une « situation » intimidante, hostile ou offensante devrait-elle conduire à exiger quelque chose de plus concret qu'une simple émotion. Au mieux, le texte autorisera la punition d'agissements effectivement intolérables, tels que le fait de suivre une personne dans la rue, en quête d'un numéro de téléphone, en lui tenant des propos allusifs et en se montrant menaçant, ou bien en la sermonnant de manière véhémement sur sa tenue ou l'absence d'un père ou d'un frère à ses côtés - mais les incriminations préexistantes n'assurent-elles pas déjà la répression ?

C - Incrimination du voyeurisme

25. Le nouvel article 226-3-1 du code pénal punit désormais d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende « le fait d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes d'une personne que celle-ci, du fait de son habillement ou de sa présence dans un lieu clos, a caché à la vue des tiers, lorsqu'il est commis à l'insu ou sans le consentement de la personne ». Est de la sorte incriminé le voyeurisme, comportement de la « personne, généralement un homme, qui tire son plaisir de la vue de la nudité, des fonctions excrétoires, des rapports sexuels d'autrui »(53). Le législateur a pris soin d'attribuer au délit certaines caractéristiques, qui en assurent l'appartenance aux atteintes à la vie privée. La victime - vêtue ou se trouvant dans un lieu clos (maison, cabine, véhicule, etc.) - ne doit ainsi ni s'exposer elle-même, serait-ce involontairement (il n'y a pas de voyeurisme punissable sur une plage nudiste ou à profiter d'une fenêtre ouverte), ni consentir à être vue, mais être surprise dans son plus simple appareil. Quant à l'auteur, il agit « afin » (dol spécial n'ayant pas à se concrétiser matériellement) d'apercevoir les « parties intimes » (c'est-à-dire les zones sexuelles stricto sensu, les fesses et les seins des femmes).

26. L'infraction permet ainsi la répression d'agissements que les incriminations d'agressions sexuelles ou d'atteintes sexuelles sur mineurs n'englobent pas(54), celles-ci requérant un « contact corporel » avec la victime(55). En revanche, un risque de concours de qualification existe avec le délit d'atteinte à l'intimité de la vie privée établi à l'article 226-1 du code pénal(56), en raison de leur possible convergence in concreto (57) ; c'est alors ce dernier qui doit l'emporter, eu égard au montant plus élevé de l'amende qui le sanctionne (45 000 €), faute de pouvoir nettement caractériser la spécialité de l'un des textes(58). En outre, le fait que le délit de voyeurisme soit de type formel (l'usage du moyen est punissable même s'il n'est pas fructueux) n'atténue pas la difficulté, car la tentative de l'infraction de l'article 226-1 (comme celle d'ailleurs de l'article 226-3-1(59)) est réprimée par l'article 226-5(60).

27. La loi n° 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes est donc un texte pénal comme on les fait aujourd'hui : si son ambition, de vouloir mieux protéger les femmes et les enfants, est naturellement louable, elle ne pardonne pas l'empressement du législateur à rendre encore plus obscur un corps de règles qui l'est déjà considérablement.

Mots clés :

AGRESSION SEXUELLE * Atteinte sexuelle * Outrage sexiste * Loi du 3 août 2018

(1) A. Darsonville, Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles, AJ pénal 2017. 532 ; L. Saenko, Les agressions sexuelles sur mineurs de quinze ans ou les vicissitudes du non-consentement présumé, D. 2018. 1200 Dalloz, 2018, n° 21, p. 12.

(2) Bien plus lourdement réprimées (sur ce pt, V. infra n° 11 en note).

(3) C. Sourzat et O. Jacques, Réflexion pluridisciplinaire sur la prescription en matière d'agressions sexuelles après la présentation du projet de loi renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, Dr. pénal 2018, n° 6, p. 17.

(4) Sur la question, déjà : A. Darsonville et J. Leonhard, La loi pénale & le sexe, PUN, 2015.

(5) Crim. 13 juill. 1965, n° 65-90.040.

(6) Crim. 16 déc. 1997, n° 97-85.455, D. 1998. 212, chron. Y. Mayaud.

(7) Crim. 21 oct. 1998, n° 98-83.843, D. 1999. 75, note Y. Mayaud, et 155, obs. M.-H. Gozzi ; 22 août 2001, n° 01-84.024, D. 2002. 1803, obs. M.-H. Gozzi.

(8) Sur la question, V. S. Detraz et L. Saenko, L'article 222-22-2 du code pénal, hypothèse d'emprunt de matérialité, Dr. pénal 2014, n° 1, p. 8.

(9) Il était en effet prévu de doter l'article 227-26 du code pénal d'un 6° selon lequel la peine aurait été aggravée « Lorsque le majeur commet un acte de pénétration sexuelle sur ou avec la personne du mineur de quinze ans ».

(10) À la condition d'utiliser le critère classique - et discutable aujourd'hui - du consentement (la pénétration aurait été consentie par le mineur dans le premier cas, pas dans le second).

(11) B. Bouloc, Procédure pénale, Dalloz, 2017, 26e éd., n° 1081.

(12) Car limitée au seul cas où l'existence de violences ou d'une contrainte, menace ou surprise a été contestée au cours des débats.

(13) Il est également prévu (art. 222-31 c. pén.) que « lorsque les faits sont commis sur un mineur de quinze ans ou une personne particulièrement vulnérable, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et à 100 000 € d'amende ».

(14) Art. 222-24, 3° bis, c. pén. (il en va de même pour les agressions sexuelles autres que le viol : art. 222-29 c. pén.).

(15) Art. 222-33, 4°, c. pén.

(16) Déc. n° 2011-163 QPC.

(17) Ce qui est le comble du mauvais argument.

(18) Sur les âges en matière pénale, v. C. Dubois et M. Bouchet, *Réflexion sur les seuils d'âge en droit pénal de fond*, D. 2018. 1268.

(19) Art. 222-24, 15°, c. pén.

(20) Art. 222-28, 11°, c. pén.

(21) Art. 222-30, 8°, c. pén.

(22) Passible dans ce cas de vingt ans de réclusion criminelle (art. 222-24, 14°, c. pén.).

(23) Passibles dans ce cas de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende (art. 222-28, 11°, c. pén.).

(24) Passible dans ce cas de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende (art. 222-33, 7°, c. pén.).

(25) Passible dans ce cas de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende (art. 222-33-2-1, al. 1^{er} in fine, c. pén.).

(26) Passible dans ce cas de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende (art. 222-33-2-2, al. 3, 5°, c. pén.).

(27) Rappelons que le viol simple sur mineurs de quinze ans est passible d'une peine de vingt ans de réclusion criminelle (art. 222-24, 2°, c. pén.) alors que, avant la loi nouvelle, les atteintes sexuelles sur mineurs de quinze ans étaient passibles de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende (anc. art. 227-25 c. pén.).

(28) En procédure accélérée.

(29) Une disposition similaire étant, par ailleurs, consacrée aux agressions sexuelles autres que le viol.

(30) V., dans ce sens, A. Darsonville, *Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles*, précit.

(31) Sur ce pt, V. S. Detraz, *L'article 222-22-1, in fine, du code pénal à la lumière de la jurisprudence*, Dr. pénal 2015. Étude 24.

(32) Et qui consisterait à considérer ipso facto que les mineurs de quinze ans ne disposent pas du discernement nécessaire pour consentir de façon éclairée à la relation sexuelle avec un majeur et qu'en conséquence, leur vulnérabilité est forcément abusée par lui.

(33) Solutionné par la jurisprudence : ex. Crim. 7 déc. 2005, n° 05-81.316, D. 2006. 175, obs. C. Girault, et 1649, obs. T. Garé ; AJ pénal 2006. 81, obs. C. Saas ; RSC 2006. 319, obs. Y. Mayaud.

(34) Art. 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(35) Art. 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(36) Art. 10 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Adde Conv. EDH, art. 10.

(37) Le Conseil constitutionnel ne connaissait apparemment pas le sens du terme « harceler » et n'a pas vu que la suppression de ses modes d'exécution n'avait exercé aucune influence sur ledit sens.

(38) Cons. const. 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, D. 2012. 1372, note S. Detraz, 1177, édito. F. Rome, 1344, point de vue G. Roujou de Boubée, 1392, entretien C. Radé, 2917, obs. G. Roujou de Boubée, 2013. 1026, obs. P. Lokiec, 1235, obs. REGINE, et 1584, obs. A. Mangiavillano ; AJDA 2012. 1490, étude M. Komly-Nallier et L. Crusoé ; AJ pénal 2012. 482, obs. J.-B. Perrier ; Dr. soc. 2012. 714, note B. Lapérou-Schneider, 720, chron. R. Salomon et A. Martinel, et 944, obs. L. Lerouge ; RSC 2012. 371, obs. Y. Mayaud, 380, obs. A. Cerf-Hollender, et 2013. 436, obs. B. de Lamy.

(39) V. E. Dreyer, Commentaire des dispositions de la loi du 6 août 2012 relative au harcèlement sexuel, Gaz. Pal. 27 oct. 2012, p. 8.

(40) Le même changement affecte le délit de harcèlement moral général (art. 222-33-2-2 c. pén.), mais pas le harcèlement au travail, ni le harcèlement conjugal.

(41) Expressis verbis, l'instigateur doit, comme ses compères, accomplir personnellement un acte de harcèlement, car il est « l'une d'elles ».

(42) La formule « alors même que » qui précède rend toutefois l'analyse discutable.

(43) Ce qui ne correspond pas à l'hypothèse de travail des parlementaires, qui est celle du « raid numérique » lancé à plusieurs contre la victime et s'étalant, le cas échéant, dans le temps.

(44) L'adverbe n'est pas clair, qui ne délimite pas nettement l'infraction dans le temps.

(45) La formule, qui sous-entend clairement, que chacun des coauteurs peut n'accomplir qu'un seul acte, ne permet pas, en revanche, de savoir si l'éventuelle répétition de la part de l'un des agents entraîne la commission d'une infraction propre à lui ou demeure constitutive de l'infraction commune.

(46) S'en prendre à plusieurs personnes séparément, mais au moyen d'agissements non répétés à chaque fois, ne constitue donc toujours pas, de la part du même individu, le délit de harcèlement sexuel.

(47) V. E. Baron, La coaction en matière pénale, th. Bordeaux, 2012, spéc. n° 338 pour le harcèlement.

(48) Cons. const. 6 févr. 2015, n° 2014-448 QPC, D. 2015. 324, et 2465, obs. G. Roujou de Boubée ; AJ pénal 2015. 248, note E. Dreyer ; RSC 2015. 86, obs. Y. Mayaud.

(49) La connotation est « tout ce qu'évoque un mot, une expression, indépendamment de sa signification » (TLFi). Si complimenter une femme sur sa tenue n'est pas donc sexiste, cela peut en revanche revêtir une telle « connotation » eu égard aux stéréotypes sous-jacents - et, pourquoï pas, l'offenser, si l'intéressée se sent ainsi rabaissée au rang d'objet décoratif.

(50) Normalement de la 4e classe, elle appartient à la 5e - en vertu de ce qui n'est pas clairement présenté comme des circonstances aggravantes (il pourrait donc s'agir d'une infraction spécifiée) - dans certains cas, par exemple en cas de commission « dans un véhicule affecté au transport collectif de voyageurs ou dans un lieu destiné à l'accès à un moyen de transport collectif de voyageurs ». La procédure de l'amende forfaitaire est applicable. En toute hypothèse, la preuve des faits sera délicate à apporter.

(51) A. Darsonville, Brèves remarques sur le projet de loi contre les violences sexistes et sexuelles, AJ pénal 2017. 532 ; J.-C. Planque, Ne créez pas le délit d'outrage sexiste !, JCP 2017. 1314 ; M.-L. Rassat, Harcèlement de rue. De la création d'un « outrage sexiste et sexuel », Dr. pénal 2018. Étude 7 ; V. Tellier-Cayrol, Non à l'outrage sexiste !, D. 2018. 425.

(52) V. N. Droin, Outrage aux femmes et propos sexistes (misogynes) à l'épreuve de la loi sur la presse du 29 juillet 1881, RSC 2017. 481.

(53) Définition du Trésor linguistique de la langue française informatisé (TLFi).

(54) V. T. corr. Saverne, 8 déc. 2011, n° 1119300003, Gaz. Pal. 5 avr. 2012, p. 10, obs. J. Lasserre-Capdeville.

(55) Crim. 7 sept. 2016, n° 15-83.287, D. 2016. 1820, et 2017. 935, obs. RÉGINE ; AJ pénal 2016. 529, note V. Malabat ; RSC 2016. 764, obs. Y. Mayaud.

(56) Pour l'infraction de violences (psychologiques), comp. Crim. 5 oct. 2010, n° 10-80.050, RPDP 2011. 155, obs. Ph. Conte.

(57) Par exemple lorsqu'un individu observe une personne nue en s'introduisant à son domicile.

(58) Chacun des deux a ses spécificités, quant à la nature du moyen employé, la situation et l'état de la victime, le but poursuivi, l'effectivité de l'atteinte.

(59) Il en résulte qu'est aussi répréhensible le fait de tenter d'user de tout moyen afin d'apercevoir les parties intimes de la victime...

(60) V. not. Crim. 31 oct. 2017, n° 16-87.411, RSC 2018. 110, obs. E. Dreyer, condamnation d'un voyeur équipé d'une caméra ayant tenté d'agir dans des vestiaires.

- **Document n° 3 : La loi dite « Avia » est morte... pourvu qu'elle le reste ! (S. Safi, Dr. pénal 2020, étude n° 25) :**

À peine votée, la loi dite Avia visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet fut censurée, à juste titre, par le Conseil constitutionnel.

L'incrimination de non-retrait de contenus haineux en ligne, en ce qu'elle instaure une sanction non nécessaire et disproportionnée, comporte une atteinte injustifiée à la liberté d'expression.

Les dispositions de la loi sont inquiétantes en ce qu'elles entraînent une confusion des rôles entre le service public de la justice d'une part, et l'administration et les opérateurs privés d'autre part.

Dès lors, il convient de faire en sorte que cette loi ne puisse pas ressusciter : cet empiètement sur l'office du juge est intolérable, garant de la liberté individuelle il est le seul compétent pour qualifier des faits en infractions et pour ordonner, en conséquence, le retrait en ligne de propos qu'il aurait jugés comme illicites.

1. - Commenter la loi dite Avia visant à lutter contre les contenus haineux sur Internet Note 1 est une tâche pour le moins embarrassante pour le juriste. Le malaise ressenti est légitime que l'on pense au contexte dans lequel elle a été élaborée, à son contenu, ou encore à son sort. Quant au contexte tout d'abord, s'il s'agit d'une proposition de loi émanant donc d'un représentant du peuple et non pas du pouvoir exécutif, il ne faut pas oublier qu'elle est le fruit d'un plan national de lutte contre le racisme et l'antisémitisme présenté le 19 mars 2018 par le Premier ministre Edouard Philippe. À l'époque, ce dernier s'est affiché comme un réel combattant – « face à cette haine, ce qui compte c'est le combat » Note 2 – annonçant alors quatre combats qu'il fallait absolument mener Note 3 . La lutte contre les contenus haineux sur Internet fut présentée comme le premier d'entre eux. C'est ainsi que le Président de la République a confié, dans cette optique, à trois personnes la mission de proposer « un projet bien ficelé et crédible ». Par conséquent, non seulement la loi dite Avia n'est que d'apparence l'œuvre du pouvoir législatif, mais encore, la qualité des trois personnes choisies par le Président pour « ficeler » cette proposition peut surprendre. Il est en réalité curieux pour ne pas dire inquiétant de constater qu'il ait été fait appel, pour élaborer une loi qui porte sur un sujet aussi sensible et qui présente des enjeux importants au regard de l'une des libertés les plus fondamentales dans une société démocratique, c'est-à-dire la liberté d'expression, à un écrivain, au Vice-Président du CRIF et à une députée spécialiste des contentieux d'affaires et de la régulation des marchés. Il semblerait donc qu'à la qualité de la loi et à la compétence de ses auteurs, le Président de la République ait privilégié le symbole en confiant cette mission à des représentants de différentes catégories de victimes de ces discours en raison de leurs origines ou de leurs religions... Forcément, la qualité de la loi en pâtit : est-ce la raison pour laquelle ce texte a été adopté en catimini, en pleine crise sanitaire Note 4 , pendant la période de confinement, alors que l'hémicycle ne pouvait en aucun cas être dignement rempli et que le peuple avait d'autres préoccupations ?

2. - Quant au contenu, ensuite, il est malaisé de comprendre l'acharnement des rédacteurs de la loi à y conserver des dispositions vouées à la peine de mort. On finit par croire que le législateur prend plaisir à se faire « recadrer » par le Conseil constitutionnel tellement il était évident que les dispositions pénales de la loi Avia ne pouvaient, en aucun cas, franchir la barrière de la constitutionalité – on frôle ici, il faut l'avouer, l'humiliation... Cela est d'autant plus vrai que les rédacteurs de la loi ont fait la sourde oreille et au Conseil d'État, et au Sénat, et à la Commission européenne, et à la Commission nationale consultative des droits de

l'homme ayant tous émis des réserves sur le contenu de cette réforme, tout en adhérant parfaitement à son principe...

3. - D'où, enfin, l'embarras pour ne pas dire le désarroi du juriste quant au sort qu'a connu la loi Avia : à peine votée, elle a subi la sanction fatale du Conseil constitutionnel Note 5 saisi, sans surprise, par plus de 60 sénateurs pour effectuer un contrôle a priori de la loi et, plus précisément, de ses articles 1er, 4, 5, 7 et 8 instituant une sanction pénale en cas de non-retrait, en une heure, des contenus pédopornographiques et terroristes et en vingt-quatre heures des contenus haineux manifestement illicites. La loi est donc vidée de sa substance puisque ses articles phares ont été censurés Note 6 : les Sages ont en effet non seulement abrogé les dispositions objets de la saisine, mais également la plupart des autres articles de la loi jugés soit en lien direct avec ceux déclarés contraires à la Constitution, soit n'ayant aucun lien avec la loi, considérés donc comme des « cavaliers législatifs » Note 7 . Malgré le caractère écrasant de la décision du Conseil, renvoyant une image triste bien que réelle de la qualité de la production législative contemporaine, la garde des Sceaux alors encore en exercice n'a pas hésité à affirmer, dans la foulée, que « le gouvernement étudiera la possibilité de retravailler ce dispositif ». La loi Avia est donc certes mort-née, mais sera peut-être ressuscitée avec quelques artifices masquant les atteintes qu'elle est susceptible de comporter à la liberté d'expression ainsi qu'au rôle de l'autorité judiciaire comme gardienne de la liberté individuelle.

4. - C'est donc tout l'intérêt de conduire une analyse des dispositions pénales de cette loi afin de mieux comprendre ce qui lui a valu cette censure radicale des Sages. En réalité, l'objet principal de la loi Avia était de responsabiliser les plateformes en ligne en faisant peser sur elles, sous la menace d'une sanction pénale lourde, des obligations qui relèvent habituellement de l'office du juge, à savoir celle de la qualification (1) puis de la suppression des contenus haineux en ligne (2).

1. La qualification des contenus haineux

5. - La mission principale Note 8 et la plus complexe parmi celles confiées au juge pénal est celle de qualifier les faits qui lui sont soumis : sont-ils constitutifs d'une infraction et, si oui, laquelle ? La tâche est donc loin d'être simple : « le principe de légalité impose qu'une juste adéquation soit réalisée entre les faits et l'incrimination. La qualification pénale retenue doit revêtir les faits comme un gant ; elle ne doit être ni trop large, ni trop étroite » Note 9 . C'est dire que la qualification nécessite des compétences particulières que ne détiennent, a priori, que les professionnels du droit. L'opération est d'ailleurs tellement délicate que même un juge, pourtant censé être expert en la matière, peut se tromper comme le prouvent par exemple les arrêts de cassation Note 10 ou encore les revirements de jurisprudence Note 11 . Or, retenir la juste qualification va de pair avec la liberté individuelle et la lutte contre l'arbitraire et, par conséquent, avec le respect de la légalité criminelle : « il y a qualification lorsque le juge s'assure que toutes les conditions prévues par une loi qu'il s'apprête à appliquer sont bien réunies » Note 12 . Comment est-il alors possible de confier cette mission aux opérateurs de plateforme en ligne ? Quelle légitimité et quelles compétences détiennent-ils pour qualifier des propos, fussent-ils « manifestement » Note 13 illicites, en infraction pénale ?

6. - C'est pourtant ce que prévoyait la loi Avia dès son article premier : en créant l'infraction de non-retrait, elle mettait à la charge des opérateurs de plateforme en ligne la lourde tâche de qualifier les contenus manifestement illicites publiés sur leurs sites et ayant fait l'objet d'une notification. Il s'agit donc là d'une réelle confusion de rôles entre le service public de la justice assuré par un juge judiciaire d'une part, et l'administration et les personnes privées actrices du Web, d'autre part. Quant à l'empiètement de l'administration sur le domaine relevant de la compétence de l'autorité judiciaire, le paragraphe I de l'article 1er de la loi imposait aux

éditeurs et hébergeurs de retirer, à la demande de l'administration, dans un délai d'une heure, les contenus qualifiés par l'administration comme constitutifs soit de l'infraction de diffusion d'images pornographiques représentant un mineur Note 14 , soit de la provocation à des actes de terrorisme ou l'apologie de ces actes Note 15 . Quant à la transformation des acteurs privés en juge judiciaire, c'est l'œuvre du paragraphe II du premier article de la loi qui impose aux opérateurs de plateforme en ligne de retirer ou de rendre inaccessible dans un délai de vingt-quatre heures, des contenus manifestement illicites en raison de leur caractère haineux ou sexuel Note 16 .

7. - Or, outre le fait que, comme l'a récemment rappelé la Commission nationale consultative des droits de l'homme, « c'est à l'autorité judiciaire de statuer sur le caractère illicite d'un contenu » Note 17 , les dispositions de l'article 1er de la loi Avia supportent la critique pour deux raisons principales.

8. - Tout d'abord, il est légitime de s'interroger sur le domaine des infractions visées pouvant être qualifiées comme telles par l'administration ou par les éditeurs et hébergeurs. En principe, ces infractions sont censées avoir pour dénominateur commun de sanctionner des propos haineux. Pourtant, d'un côté, il est pour le moins malaisé de définir la haine et donc ce à quoi correspond un propos haineux ; d'un autre côté, à supposer que la délimitation du domaine des discours de haine soit possible, toutes les infractions visées ne semblent pas entrer, d'une manière si évidente, dans ce cadre.

9. - D'un côté, qu'est-ce que la haine ? Voilà une loi qui prétend lutter contre les contenus haineux en ligne sans pour autant apporter une définition quelconque de ce que représente, aux yeux du législateur, la haine. En réalité, si lutter contre le racisme, l'antisémitisme – qui n'est finalement qu'une forme de racisme – et l'homophobie est une cause noble et justifiée, prétendre lutter, dans une société démocratique, contre la haine, s'avère insupportable pour ne pas dire ridicule. La haine n'est qu'un sentiment et ne saurait donc en aucun cas justifier une censure quelconque et encore moins une sanction pénale. Haïr comme aimer ne sont par conséquent pas des « objets » dont le droit en général, et encore moins le droit pénal, peuvent se saisir. Dès lors, pour être crédible, il revient au législateur de choisir avec rigueur les termes employés : par sa généralité, la référence à la haine ne peut que surprendre toute personne attachée à la tolérance et au respect de la liberté d'expression même pour les idées qui peuvent heurter ou choquer Note 18 . Cela est d'autant plus vrai qu'en l'absence d'une définition juridique de ce qu'il faut entendre par « discours de haine », celle proposée par la Commission nationale consultative des droits de l'homme ne saurait emporter adhésion Note 19 . En effet, le discours de haine est avant tout présenté comme « une notion générique » : est-ce raisonnable de retenir une telle conception en matière pénale ? N'est-ce pas le contraire même de ce qu'exige la légalité criminelle ? La généralité et le flou entourant la notion ne sont-ils pas le meilleur moyen pour étouffer la liberté d'expression et favoriser l'arbitraire des décideurs et donc de ceux qui sont supposés qualifier un propos de haineux et d'illicite ? C'est ce que permet d'ailleurs de constater la suite de la définition citée, puisque cette notion générique « permet d'englober toutes les formes d'expression objectivement considérées comme offensantes et encourageant le mépris, voire l'hostilité ou la violence, envers les ethnies, les groupes religieux, les femmes et plus généralement toutes les minorités (genre, orientation sexuelle, etc.) ». Il faut l'avouer, on peine à prendre au sérieux une telle définition : qu'est-ce qu'une expression objectivement offensante ? Depuis quand le simple mépris de son prochain est-il source d'inquiétude dans une société démocratique ? Et, en marge, comment justifier la référence faite aux femmes dans cette définition : sont-elles visées en tant que groupe de personnes en parallèle avec les groupes religieux ou faut-il plutôt les rattacher aux minorités ?

10. - D'un autre côté, les infractions visées à l'article 1er de la loi ne présentaient pas, toutes, un lien évident avec ce qui est susceptible d'entrer dans le cadre de la définition d'un propos