

DEFINITION PENALE DU VIOL : LA NOTION DE CONSENTEMENT

RAPPORTEURS :

Elise Arfi et Antoine Lafon

DATE DE LA REDACTION :

Avril-novembre 2024

BÂTONNIER ET VICE-BÂTONNIÈRE EN EXERCICE :

Pierre HOFFMAN et Vanessa BOUSARDO

DATE DE PRESENTATION AU CONSEIL :

26 novembre 2024

CONTRIBUTEURS :

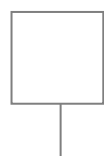
REFERENCES DES PRECEDENTS RAPPORTS :

RESUME :

Depuis plusieurs mois, il est question dans le débat public de modifier la définition légale du viol afin d'y intégrer la notion d'absence de consentement de la victime. L'actualité judiciaire et notamment l'affaire des viols de Mazan a conduit plusieurs acteurs du débat public : politiques, journalistes, intellectuels, juristes, à s'interroger sur la ligne de défense de certains accusés, contestant les faits de viol en pointant l'absence d'élément moral de l'infraction, tandis qu'il apparaît que la partie civile n'a pu, en raison de son état de soumission chimique, consentir aux relations sexuelles qui lui ont été imposées. Ce dossier a donc mis en lumière de manière particulièrement topique les termes du débat en cours.

Plusieurs propositions de loi ont été déposées afin de modifier la définition légale de l'infraction de viol, sans qu'à date, un texte de consensus soumis à la représentation nationale n'ait pu être dégagé. Une proposition de loi « *visant à intégrer la notion de consentement dans la définition pénale des infractions d'agression sexuelle et de viol* » a été déposée en dernier lieu à l'Assemblée nationale le 15 octobre 2024, par Sarah Legrain, députée LFI-NUPES. Cependant, ce texte a été rejeté par la commission des lois de l'Assemblée nationale le 19 novembre dernier et pourrait être examinée en séance le 28 novembre 2024.

Le Conseil de l'Ordre des avocats de Paris reconnaît l'importance de répondre aux attentes sociétales en matière de répression du viol, tout en soulignant que l'introduction de la notion d'absence de consentement de la victime ne devrait pas devenir un élément constitutif de l'infraction indépendant des critères actuels de violence, contrainte, menace ou surprise sous peine d'inverser la charge de la preuve de l'infraction.



Rappel :

L'article 222-23 du code pénal définit le viol comme tout acte de pénétration sexuelle commis avec « violence, contrainte, menace ou surprise ».

Des travaux parlementaires sont en cours, afin de modifier la définition légale du viol afin d'y inclure la notion d'absence de consentement de la victime. La définition légale de l'agression sexuelle est également concernée.

La question au cœur du débat soumis à la représentation nationale est de déterminer comment intégrer la notion de consentement dans la loi sans remettre en question le principe selon lequel l'existence de l'infraction doit s'apprécier dans le chef du mis en cause, ni bouleverser le système de la preuve pénale au risque de rendre toute défense impossible.

Bien que non-inscrite dans la loi, la notion de consentement est déjà au centre de l'analyse des juridictions pour déterminer la culpabilité d'une personne mise en cause, apparaissant également par l'analyse de la jurisprudence comme ayant déterminé les principales évolutions législatives déjà intervenues.

Une autre condition devra toujours demeurer centrale : celle de ne pas incriminer à tort des individus sur la seule base d'accusations ne reposant sur aucun fait objectif, matériel et/ou constatable, mais sur le seul ressenti subjectif d'une partie plaignante.

Dans la mesure où la loi française est l'une des plus répressive de l'Union européenne concernant le crime de viol, notre Ordre doit être particulièrement soucieux de souligner le plein et entier exercice des droits de la défense des personnes poursuivies et *a fortiori* incarcérées et/ou sous mesures de sûretés à raison de faits pour lesquels la preuve contraire peut difficilement être administrée.

Si le consentement peut être ajouté dans la loi française à la définition légale des infractions d'agression sexuelle et de viol comme découlant des critères de violence, contrainte, menace et surprise, la notion d'absence de consentement ne doit pas devenir un cas constitutif autonome de ces infractions, d'autant qu'elle n'est pas clairement définie par les propositions de loi actuelle.

I- Discussion autour d'une proposition de modification minimale de la loi française

A- Avant-propos

S'il est de bon aloi de débiter tout rapport par des données chiffrées, la question de la modification de la définition légale du viol n'apparaît pas directement liée à des chiffres, bien que les partisans de l'introduction de la notion de consentement avancent qu'il existe un « angle mort » dans notre législation ne permettant pas de prendre en compte et de sanctionner certaines situations relevant pourtant d'un rapport sexuel imposé.

A notre sens, le seul fait de communiquer les chiffres relatifs au nombre de condamnations annuelles pour des faits qualifiés de viol (ou tentative) ne permet pas d'évaluer la validité de cet argument.

Par ailleurs, il n'a pas été possible de trouver de chiffres afférents à des personnes mises en cause ou condamnées à tort.

Seule la mise en rapport du nombre de condamnations avec le nombre de plaintes peut éventuellement permettre de se forger une opinion fiable et réaliste sur ce point.

Pour autant, il convient d'emblée de préciser que la définition légale de l'infraction ne saurait être le seul facteur permettant d'expliquer le décalage entre le nombre de plaintes et le nombre de condamnations. A cet égard, il sera instructif de se référer au pouvoir d'interprétation des juges, qui, au fil du temps, a constamment permis d'appréhender sous la qualification de viol un certain nombre de situations factuelles qui n'étaient pas directement visées par le législateur.

Autre paramètre important à prendre en considération avant de raisonner uniquement sur des projections chiffrées : il n'a pas été trouvé de statistiques mettant en corrélation le nombre de plaintes et leur issue procédurale (classement, non-lieu, acquittement, condamnation). Or, c'est uniquement sur la base de telles statistiques qu'il est possible de dresser un état des lieux fiable quant à l'efficacité de la politique pénale tendant à réprimer efficacement le crime de viol.

En effet, les viols, en tant que crimes, donnent systématiquement lieu à l'ouverture d'une information judiciaire, laquelle peut prendre des années (durée prévue pour une instruction criminelle : 18 mois à titre indicatif). Par exemple, ce n'est pas parce qu'en 2022 il y a 22.332 plaintes et seulement 1.206 condamnations qu'on peut en inférer que 21.126 procédures n'auront pas abouti puisque les plaintes déposées en 2022 seront généralement jugées à partir de 2024.

Dernier point important à souligner pour appréhender les données chiffrées dont nous disposons : parce que le viol donne lieu à l'ouverture d'une information judiciaire, le mis en examen peut se défendre tout au long de l'instruction et faire valoir tous moyens de défense opportuns à sa disposition qui pourront mettre à mal les accusations dont il fait l'objet avant la phase de renvoi devant une juridiction : prescription, requête en nullité, confrontation, expertise psychiatrique de la plaignante etc.

Il en résulte qu'il est loin d'être évident :

- Que des victimes soient dissuadées de déposer plainte en raison d'une insuffisance de la définition légale actuelle du viol, qui ne prendrait pas en compte leur situation ;
- Que si des plaintes n'aboutissent pas au plan judiciaire, cela soit lié à la définition légale de l'infraction, et non à d'autres facteurs liés à la défense du mis en examen et/ou à la difficulté pour le ministère public d'établir des charges suffisantes pour ordonner le renvoi du mis en cause devant une juridiction de jugement.

Enfin, soulignons que le présent rapport ne traite pas de la question de la requalification des faits de viol en agression sexuelle (« correctionnalisation ») et traite ensemble le viol et la tentative de viol, puisque la peine encourue est identique et détermine en conséquence le choix de la juridiction saisie. Enfin, le présent rapport ne traite pas des atteintes sexuelles sur mineurs, qui ne seraient pas concernées par la modification législative envisagée.

B- Les chiffres

Une certaine parole publique et médiatique adoptée par diverses associations féministes et répandue dans l'espace public tend à présenter le viol et plus généralement les infractions de mœurs comme des infractions insuffisamment réprimées.

Une approche purement chiffrée est ainsi mise en avant par ceux qui situent dans la définition légale actuelle du viol la cause d'un nombre insuffisant de condamnations par rapport au nombre de plaintes déposées. En réalité, il faut se méfier de cette approche pour plusieurs raisons. D'une part, car elle ne repose sur aucune statistique fiable, d'autre part, parce qu'elle omet le fait que la France est le pays de l'Union européenne qui réprime le plus sévèrement le viol. Il n'est donc pas évident de déterminer où se loge réellement le critère d'une prétendue insuffisance de la répression : dans le rapport chiffré controversé plaintes/condamnations, ou dans la sévérité de la peine encourue ?

Par ailleurs, aucune statistique n'a pu être trouvée quant aux personnes accusées à tort qui intenteraient des recours en indemnisation d'une détention provisoire injustifiée ou en dénonciation calomnieuse à la suite d'accusations infondées.

Si poser une question est déjà y répondre, force est de constater que l'approche chiffrée est le principal prisme qui semble guider le discours sur l'insuffisance de la répressivité, lui-même fonction du ratio plaintes/condamnations.

- 1- Les condamnations

Parmi les 37.800 condamnations pour violences sexuelles prononcées entre 2017 et 2022, plus des trois quarts concernent des agressions sexuelles (76 %) sans savoir s'il s'agit d'agressions sexuelles ou de viols correctionnalisés, **17 % des viols (soit 6.572 condamnations)**, 4 % des atteintes sexuelles sur mineur et 3 % du harcèlement sexuel. Sur cette période, **les condamnations pour violences sexuelles ont progressé de 14 %¹**. Le chiffre est stable (environ 1000 condamnations par an).

	Condamnations pour viol
2017	1 048
2018	980
2019	1 077
2020	823
2021	1 438
2022	1 206
Total	6 572

1

Remarque : La baisse des condamnations en 2020 et leur augmentation en 2021 est à mettre en lien en partie avec la crise sanitaire.

Lecture : en 2022, 5 304 personnes ont été condamnées pour agression sexuelle, 1 206 pour viol, 268 pour harcèlement sexuel et 222 pour atteinte sexuelle sur mineur.

Champ : condamnations pour une infraction principale de violence sexuelle, entre 2017 et 2022, en France. Les données 2021 sont semi-définitives et les données 2022 sont provisoires.

Source : ministère de la justice, SDSE, fichier statistique du Casier judiciaire national.

(Source : [Les violences sexuelles | Ministère de la justice](#))

- 2- Les plaintes

En 2021, il y a eu 22.332 plaintes pour viol (incluant tentative de viol).

En 2023, il y a eu 26.816 plaintes pour viol.

Toutefois, comme déjà indiqué, les procédures sont longues mais aussi de durées variables, de sorte qu'il est difficile d'annualiser les statistiques et de les rapporter années après années au nombre de plaintes déposées.

Toujours est-il que l'on peut globalement considérer que les condamnations constituent 1/5ème des plaintes.

- 3- Les peines

Pour les auteurs majeurs de viol, 93 % ont été condamnés à une peine privative de liberté ferme et pour 69 % d'entre eux celle-ci est supérieure ou égale à 10 ans.

- 4- Les personnes mises en cause à tort

Aucun chiffre n'a pu être trouvé, sans qu'on se résolve à en conclure que parmi les plaintes qui n'aboutissent pas sur le plan judiciaire, des mises en cause injustifiées puissent en être l'explication.

C- Un peu d'histoire du droit : la notion de consentement est déjà prise en compte par les avancées conjuguées de la jurisprudence et de la loi

Au début du XIXe siècle, le viol était uniquement lié à des violences physiques, tandis que les autres formes de violence n'étaient pas reconnues. Le Code pénal de 1810 traitait toutes les infractions sexuelles comme des "attentat aux mœurs" sans distinguer le viol des autres types d'atteintes sexuelles. La réforme de 1832 a établi une distinction entre le viol et l'attentat à la pudeur, sans clarifier les éléments constitutifs des infractions. Ce n'est qu'à partir de 1857 que la jurisprudence va définir le viol comme un rapport sexuel non consenti, reconnaissant comme cas de viol la violence morale et la surprise.

C'est avec la loi du 23 décembre 1980, que la définition du viol est clarifiée dans un premier temps, incriminant comme tel tout acte de pénétration sexuelle commis par violence, contrainte ou surprise. Les menaces comme moyen de contrainte ne seront ajoutées à la loi qu'en 1992. La question du viol conjugal sera également traitée à partir de 1990 par la jurisprudence, avec la reconnaissance du fait que le mariage n'exclut pas la possibilité de viol entre époux, rompant ainsi avec l'idée de "présomption de consentement" des rapports sexuels intervenant dans le cadre conjugal.

Les évolutions législatives se poursuivent avec la loi du 3 août 2018 qui élargit la définition du viol pour inclure certains actes auparavant qualifiés d'agressions sexuelles, comme la fellation forcée. La loi de 2021 renforce ces avancées en introduisant une présomption de viol dans le cadre de relations sexuelles entre un mineur de 15 ans et un majeur avec une différence d'âge significative. Toutefois, la doctrine critique déjà la complexité croissante des lois et l'absence explicite de la notion de consentement dans la définition légale du viol, alors que les nombreuses circonstances aggravantes de l'infraction se rapportent à un défaut de consentement (notamment l'état de vulnérabilité de la victime).

Au début du XIXe siècle, le viol était envisagé comme nécessairement accompagné de violences physiques. Les violences morales, psychiques et verbales n'étaient pas reconnues comme des violences par le droit. La commission d'un viol impliquait alors des coups et des blessures.

Le code pénal de 1810 sanctionnait le viol à l'article 331 inséré dans la section IV. – Attentat aux mœurs :

« Quiconque aura commis le crime de viol, ou sera coupable de tout autre attentat à la pudeur, consommé ou tenté avec violence contre des individus de l'un ou de l'autre sexe, sera puni de la réclusion ».

Cet article assimilait le viol et l'attentat à la pudeur avec violence et réprimait les deux infractions de la même peine.

Toutes les infractions de nature sexuelle étaient regroupées sous une notion unique, celle d'attentat aux mœurs. On considérait qu'il y avait une unité profonde dans tous ces comportements. Le code établit ainsi une frontière entre l'existence d'une sexualité jugée « normale » et une sexualité déviante.

Néanmoins, aucune indication n'était donnée quant aux éléments constitutifs de l'infraction de viol ainsi qu'à la peine correspondante.

En 1832, la loi du 28 avril apportant des modifications au Code pénal et au Code d'instruction criminelle introduisit des changements significatifs dans lesdits codes. Les actes de violences sexuelles étaient désormais classés en trois catégories distinctes : l'attentat à la pudeur sans violence, l'attentat à la pudeur avec violence et le viol.

Le viol était alors réprimé à l'article 332 du code pénal, aux termes duquel :

« Quiconque aura commis le crime de viol sera puni des travaux forcés à temps ».

Si la loi de 1832 a ainsi consacré une incrimination autonome du viol, elle ne précisait toujours pas ses éléments constitutifs.

C'est la Cour de cassation qui va préciser les contours de l'infraction dans un arrêt « Dubas » du 25 juin 1857, en considérant qu'il y a viol « *dans le fait, par un individu, après s'être introduit dans la chambre et le lit d'une femme encore endormie, dont le mari était absent, et profitant de l'erreur de cette femme, de consommer sur elle l'acte de copulation* ».

Par cet arrêt de principe, la Cour de cassation définit ainsi l'infraction : « *Le crime de viol consiste dans le fait d'abuser une personne **contre sa volonté**, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'action* ».

La définition du viol posée par cet arrêt apparaît très moderne, et fait apparaître la notion de consentement comme critère de l'infraction.

Trois éléments constitutifs du viol apparaissent clairement posés :

- une relation sexuelle illicite,
- une absence de consentement de la victime,
- une intention criminelle de l'agent.

Il en résultait donc que le viol correspondait à un acte de pénétration pénienne vaginal, commis sur une femme, les autres actes de violences sexuelles tombant sous la qualification d'attentats à la pudeur.

Il faudra attendre la loi n°80-1041 du 23 décembre 1980 relative à la répression du viol et de certains attentats à la pudeur pour que le législateur retouche la définition légale du viol. Cette loi, s'appuyant sur les évolutions jurisprudentielles, définit alors le crime de viol, comme : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte ou surprise* ». Les menaces ne sont pas prises en compte et ne seront ajoutées qu'en 1992 à la faveur de la recodification du nouveau Code pénal.

La définition n'inclut pas la notion de consentement et l'infraction est définie, d'ailleurs de manière très classique, par rapport à l'appréciation de l'élément moral qui est à rechercher dans le chef de l'auteur.

La notion de consentement va revenir sur le devant de la scène jurisprudentielle avec la jurisprudence relative au viol entre époux qui pose, dans cette hypothèse, une « *présomption de consentement* » jusqu'à preuve contraire.

Ce n'est qu'en 1990 que la chambre criminelle de la Cour de cassation consacre le principe selon lequel la loi du 23 décembre 1980, « *qui n'a d'autre fin que de protéger la liberté de chacun, n'exclut pas de ses prévisions les actes de pénétration sexuelle entre personnes unies par les liens du mariage lorsqu'ils sont imposés dans les circonstances prévues par ce texte* »².

Dans une décision du 11 juin 1992, la chambre criminelle de la Cour de cassation utilisera une prétendue présomption de consentement en ces termes, qu'elle n'énoncera plus par la suite : « *en confirmant par ces motifs l'ordonnance de refus d'informer du juge d'instruction, alors que **la présomption de consentement** des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire, la chambre d'accusation a méconnu le sens et la portée de l'article 332 du code pénal* »³.

La jurisprudence utilise ainsi la notion de consentement qui n'est pas inscrite dans la loi, et en traite en l'espèce pour l'écarter. Cela est donc la démonstration de ce que les circonstances « objectives » de la commission de l'infraction n'écartent pas le débat sur le consentement qui est pris en compte.

La loi du 3 août 2018 a inclus dans la définition du viol la pénétration subie par son auteur, afin d'incriminer les individus qui contraignent, par exemple, des victimes à subir une fellation ou leur impose de les pénétrer. Ces actes, auparavant poursuivis pour agression sexuelle, en raison de l'exigence du critère de 'la commission sur autrui' de l'acte, entrent désormais dans la catégorie légale du viol. Une fois de plus, c'est la notion de consentement qui est au cœur de la définition du viol, puisque même un acte sexuel qui peut sembler volontaire, comme le fait de pratiquer une fellation sur autrui, est pris en compte dans la définition légale du viol.

Depuis lors, la loi du 21 avril 2021 a rendu encore plus précise la définition légale, en incluant expressément au texte la notion de pénétration « bucco-génitale ».

² [Crim. 5 sept. 1990, pourvoi n° 90-83.786, Bull. crim., n° 313](#) ;...

³ Crim. 11 juin 1992, n° 91-86.346, Bull. crim., n° 232

L'article 222-23 du Code pénal définit actuellement le viol comme :

« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol.

Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle. »

Bien que la notion de consentement n'apparaisse pas dans la définition du viol, elle est également traitée en creux par l'apparition de certaines circonstances aggravantes.

La loi 3 août 2018 a introduit dans l'article 222-24 du code pénal un 3^o bis, nouvelle circonstance aggravante lorsque le viol 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* ».

La loi du 21 avril 2021 introduit dans le Code pénal l'article 222-23-1, qui crée une présomption de viol concernant des relations sexuelles entre un mineur de 15 ans et une personne majeure, lorsqu'un écart de 5 ans d'âge les sépare :

« Hors le cas prévu à l'article [222-23](#), constitue également un viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans.

La condition de différence d'âge prévue au premier alinéa du présent article n'est pas applicable si les faits sont commis en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage. »

II- Les raisons de la modification de la loi française sur le viol et les agressions sexuelles afin d'y inclure la notion de consentement

La Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique entrée en vigueur le 1er août 2014, dit « Traité d'Istanbul », vise à établir dans chaque Etat signataire « des normes contraignantes visant spécifiquement à prévenir les violences fondées sur le genre, à protéger les victimes de violences et à sanctionner les auteurs ». La ratification de cette convention engage les pays adhérents à se conformer aux dispositions qu'elle prévoit.

L'Union européenne a ratifié cette convention le 1^{er} juin 2023, tandis que la France avait déjà procédé à sa ratification le 4 juillet 2014. Sur les 27 Etats membres de l'Union européenne, 21 ont ratifié ce traité.

Parmi ces 21 pays, 14 ont modifié leur législation afin de définir les relations sexuelles non consenties comme des viols. Disposaient déjà de législations définissant les relations non consenties comme des viols : la Belgique, la Croatie, Chypre, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la Grèce, l'Irlande, l'Islande, le Luxembourg, Malte, le Royaume-Uni, la Slovénie et la Suède.

La Finlande et l'Espagne en 2022, puis les Pays-Bas en 2024, sont les derniers pays en date en Europe à avoir adopté, une législation définissant le viol sur la base de l'absence de consentement, après la Slovénie en 2021 et le Danemark en 2020.

A ce jour, seuls 5 États membres signataires de la convention d'Istanbul n'ont donc pas modifié leur législation : Estonie, France, Italie, Pologne et Roumanie

Les 6 États membres qui ne sont pas signataires de la Convention d'Istanbul n'ont pas modifié non plus leur législation (Bulgarie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Slovaquie et République tchèque).

Un comité d'experts nommé le « GREVIO » s'assure de la mise en conformité des législations nationales des pays ayant ratifié la Convention d'Istanbul avec les objectifs de ladite Convention.

Le reproche adressé par le GREVIO à la France est que sa définition légale du viol met l'accent sur les éléments de preuve permettant d'établir l'absence de consentement, au détriment de la « centralité » de l'absence de consentement.

Le GREVIO demande instamment aux autorités françaises de fonder la définition des violences sexuelles sur l'absence de consentement libre de la victime, conformément à l'article 36 de la Convention d'Istanbul.

Il n'est toutefois pas évident que le droit français nécessite d'être modifié pour que la France se conforme à la convention d'Istanbul.

En effet, aux termes de l'article 36 de la Convention d'Istanbul :

« Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour ériger en infraction pénale, lorsqu'ils sont commis intentionnellement : par la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet ;

b les autres actes à caractère sexuel non consentis sur autrui ;

c le fait de contraindre autrui à se livrer à des actes à caractère sexuel non consentis avec un tiers.

2 Le consentement doit être donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes.

3 Les Parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent également à des actes commis contre les anciens ou actuels conjoints ou partenaires, conformément à leur droit interne ».

Le rapport explicatif⁴ de la convention d'Istanbul précise quant à lui, en son point 193, que « les rédacteurs ont (...) laissé le soin aux Parties de décider de la formulation exacte de la législation et des facteurs considérés comme exclusifs d'un consentement libre ».

Il apparaît dès lors possible de considérer que la définition du viol qui figure à l'article 222-23 du Code pénal, tel qu'interprété par la jurisprudence répond aux exigences de la Convention d'Istanbul.

En mars 2022, la Commission européenne a présenté une première proposition de directive qui prévoit des définitions pénales pour plusieurs infractions, dont le viol.

⁴ <https://rm.coe.int/16800d38c9>

La proposition de la Commission imposait aux États membres l'obligation de criminaliser le viol en tant que « *comportement intentionnel* », consistant à « *se livrer avec une femme à tout acte non consensuel de pénétration vaginale, anale ou orale de nature sexuelle, avec toute partie du corps ou tout objet* », ainsi qu'à amener une femme à se livrer avec une autre personne à de tels actes sexuels non consensuels (article 5, paragraphe 1).

Le fait que le texte ne mentionne que les femmes comme victimes possibles (une approche désormais rejetée par la plupart des États membres dans leur législation) s'explique par le fondement juridique (l'article 83, paragraphe 1, du TFUE, qui donne compétence à l'Union européenne seulement pour l'exploitation sexuelle des femmes et des enfants) et le champ d'application de la directive.

Toutefois, en tant que norme minimale, elle ne limite en rien la capacité des États membres à adopter des définitions englobant toutes les victimes.

Comme l'explique le considérant n° 5 de la proposition de directive et comme le prévoit son article 4 définissant les victimes, le terme « victime » englobe toutes les personnes, indépendamment de leur sexe ou de leur genre.

De plus, la Commission proposait à l'article 5 alinéas 2 et 3 de la proposition de directive : « *les États membres veillent à ce qu'on entende par acte non consenti un acte accompli sans que la femme ait donné son consentement volontairement ou dans une situation où la femme n'est pas en mesure de se forger une volonté libre en raison de son état physique ou mental, par exemple parce qu'elle est inconsciente, ivre, endormie, malade, blessée physiquement ou handicapée, et où cette incapacité à se forger une volonté libre est exploitée* ».

La France s'y était alors opposée, comme 10 autres États membres, ces États membres indiquant que ce domaine ne relevait pas de la compétence du Parlement européen et du Conseil, conformément à l'article 83 du TFUE.

Ainsi, la définition du viol a été exclue du projet de directive faute de majorité qualifiée.

En février 2024, la Commission européenne, le Conseil de l'Union européenne et le Parlement européen se sont accordés sur une version définitive de la directive de lutte contre les violences faites aux femmes sans définition commune du viol.

En France, au mois de mars 2024, **le Président de la République Emmanuel Macron** s'exprimait sur le sujet, se déclarant favorable à un changement de la loi, en ces termes : « *Que le consentement puisse être inscrit dans le droit français, je l'entends tout à fait* », puis « *Je vais l'inscrire dans le droit français* ».

Puis ce fut au tour du garde des Sceaux, **Éric Dupond-Moretti**, dans un entretien au magazine *Madame Figaro*, de déclarer : « *Si j'appelle à la prudence s'agissant de la loi pénale, c'est normal dans mon rôle de garde des Sceaux, je ne m'interdis aucune réflexion sur la question de la définition du viol. La députée Véronique Riotton mène actuellement un important travail parlementaire et je serai très attentif aux propositions qui seront faites pour améliorer si besoin notre loi pénale* ».

Enfin, l'actuel garde des Sceaux, **Didier Migaud**, s'est également exprimé en faveur de l'introduction de la notion de consentement dans la définition pénale du viol⁵.

⁵ https://www.lemonde.fr/politique/article/2024/09/27/le-ministre-de-la-justice-didier-migaud-se-dit-favorable-a-l-inscription-du-consentement-dans-la-loi_6336320_823448.html

Le débat sur la redéfinition du viol dans le code pénal a notamment refait surface dernièrement, à l'occasion du procès des viols de Mazan, où une cinquantaine d'hommes sont jugés pour le viol de Gisèle Pélicot, droguée à son insu par son mari et inconsciente au moment des faits.

Le Conseil de l'Ordre ainsi que le CNB se sont prononcés de manière argumentée et juridique contre la modification du texte actuel.

Jusqu'alors, la position française était de considérer que notre droit positif interne prenait déjà en considération la notion d'absence de consentement, laquelle découle de la définition légale du viol, reposant sur des critères objectifs de violence, contrainte, menace ou surprise.

Face à la pression de l'Union européenne, aux déclarations du Président de la République, d'Éric Dupond-Moretti puis de Didier Migaud, ainsi qu'au dépôt de plusieurs propositions de loi, il apparaît que la modification de la définition légale du viol (et par voie de conséquence de l'agression sexuelle) n'est plus qu'une question de temps. Il importe d'agir dans les débats législatifs à venir afin de préserver autant que possible les acquis de la jurisprudence française et de veiller particulièrement à la préservation d'au moins trois points :

- **L'élément moral de l'infraction doit rester à rechercher dans le chef de la personne mise en cause et accusée ;**
- **La charge de la preuve de l'infraction doit peser sur l'accusation ;**
- **Il faut réfuter une présomption de viol résultant d'une accusation de la part du plaignant.**

III- Les propositions de loi déposées à ce jour

Face aux nombreuses réactions provoquées par ce refus, le débat a été repris par la délégation aux droits des femmes de l'Assemblée nationale. Elle a lancé une mission d'information, portée par les députées Véronique Riotton (Renaissance) et Marie-Charlotte Garin (EELV) et de nombreuses auditions se sont succédé dans le but de questionner la nécessité ou non de modifier la loi.

Antérieurement à la dissolution de l'Assemblée nationale, deux propositions de loi visant à inclure la notion de consentement dans la définition pénale du viol avaient été déposées. Ces deux propositions de loi opéraient un changement de paradigme total dans l'appréciation du viol, puisque l'infraction serait désormais définie dans sa définition cardinale par l'absence de consentement d'autrui, avant de reléguer les critères de violence, contrainte, menace et surprise à un rang de potentielles preuves d'une absence de consentement à considérer à titre subsidiaire.

Cependant, en définissant le viol (ou l'agression sexuelle) par le seul non-consentement de la personne d'autrui, indépendamment de tous critères objectifs et constatables par le juge, toute accusation devient en soi constitutive de l'infraction sans laisser la moindre marge de manœuvre au champ d'appréciation du juge. Aucune preuve contraire ne devient ainsi en pratique recevable. Ne comptons pas sur les expertises psychologiques des plaignant(e)s comme palliatif ou correctif aux accusations proférées. Nous sommes en passe d'assister à

un régime d'exception des éléments constitutifs de l'infraction pénale et à une totale régression, que rien ne saurait justifier.

- [Proposition de loi reconnaissant l'absence de consentement comme élément constitutif de l'agression sexuelle et du viol](#)⁶ déposée au Sénat le 16 novembre 2023 par Mélanie Vogel, Sénatrice

La définition du viol serait : « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis **sans le consentement libre d'autrui** sur sa personne ou sur la personne de l'auteur est un viol* ».

Cette proposition de loi modifie en outre totalement la définition actuelle de l'agression sexuelle de l'article 222-22 du Code pénal. Les termes de « *violence, contrainte, menace ou surprise* » seraient remplacés par « *sur la personne d'autrui sans son consentement libre* ». Il serait ajouté que « *Ce consentement peut être retiré à tout moment. Il ne peut pas y avoir de consentement libre lorsque l'atteinte sexuelle est commise avec violence, contrainte, menace, surprise ou en abusant d'un état altérant la capacité de jugement d'autrui* ».

Le deuxième aliéna de ce texte qui prévoit que « *Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage* » se verrait ajouter « *et indépendamment d'une éventuelle résistance verbale ou physique opposée par la victime* »

Cette proposition amène les critiques suivantes :

- **Cette définition du viol supprime purement et simplement les critères de violence, contrainte, menace, surprise ;**
 - **La notion de consentement n'est pas définie par la loi ;**
 - **Le viol ne pourrait potentiellement plus recevoir la preuve contraire puisque si une plaignante affirme son absence de consentement à une relation sexuelle, aucun critère objectif pouvant être interprété par les juridictions ne permettrait de contester ou de remettre en cause cette absence de consentement ;**
 - **Cette définition méconnaît le principe selon lequel le doute doit profiter à l'accusé ;**
 - **Ces critères sont conservés pour l'agression sexuelle, uniquement pour indiquer qu'ils sont inopérants.**
- Proposition de loi visant à intégrer la notion de consentement dans la définition pénale des infractions d'agression sexuelle et de viol⁷, déposée le 15 octobre 2024 à l'Assemblée nationale par Sarah Legrain, députée LFI-NUPES :

Cette proposition de loi avait déjà été déposée le 13 février 2024 par Sarah Legrain à l'Assemblée nationale. Elle n'avait cependant pas été votée et a donc été déposée de nouveau en octobre, en raison de la dissolution de l'Assemblée nationale.

Cette proposition de loi vise à modifier l'article 222-23 du Code pénal et donc la définition du viol comme suit :

⁶ <https://www.senat.fr/leg/pp123-124.html>

⁷ https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/17/textes/l17b0360_proposition-loi#

*« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur **sans consentement donné** volontairement est un viol. Il peut être commis par violence, contrainte, menace ou surprise. L'expression du consentement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes doit donc être recherchée. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime. »*

Pour ce qui est de l'agression sexuelle, la proposition de modification de l'article 222-22 du Code pénal est la suivante :

*« Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise **sans consentement donné** volontairement. Elle peut être commise avec violence, contrainte, menace ou surprise **L'expression du consentement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes doit donc être recherchée. Le consentement ne peut pas être déduit de la simple absence de résistance de la victime.** »*

De plus, la possibilité d'atteinte sexuelle commise dans les cas prévus par la loi, sur un mineur par un majeur, serait retirée de la définition de l'agression sexuelle prévue par l'article 222-22 du code pénal.

Cette proposition amène les commentaires suivants :

- **Le viol serait désormais défini comme un acte commis « sans le consentement donné » et les critères de violence, menace, contrainte, surprise, apparaissent comme des éléments de définition de l'absence de consentement non limitatifs ;**
- **Le fait que le consentement soit introduit dans la loi mais qu'il soit précisé qu'il ne peut être déduit de la simple absence de résistance de la victime ne fait que consacrer l'état du droit positif actuel ;**
- **Si ce texte va moins loin que la proposition de loi de la sénatrice Mélanie Vogel, il existe le risque d'une inversion de la charge de la preuve, l'élément moral de l'infraction n'étant plus à rechercher dans la personne du mis en cause mais dans la psychologie de la plaignante qui pourrait n'avoir subi aucune violence, contrainte, menace ou surprise mais aurait pu refuser la relation sexuelle dans son for intérieur sans manifester d'opposition.**

Cette proposition de loi a toutefois été rejetée par la commission des lois de l'Assemblée Nationale le 19 novembre dernier. Si l'ordre du jour de la niche parlementaire LFI le permet, elle sera examinée à nouveau en séance publique le jeudi 28 novembre. Si l'Assemblée nationale suit le vote de la commission, elle devrait être à nouveau rejetée.

En outre, une nouvelle proposition de loi transpartisane poursuivant l'objectif d'intégrer la notion de consentement dans la définition pénale du viol devrait être déposée en début d'année. Nous pourrions proposer des amendements lors de l'examen de cette future proposition de loi.

Dans cette perspective et au vu de ce qui précède, nous proposons une nouvelle rédaction des articles 222-22 et 222-23 du Code pénal comme suit :

- Article 222-22 du Code pénal :

« Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise sans consentement.

Il n'y a pas consentement lorsque l'acte a été commis par violence, contrainte, menace ou surprise.

Le consentement comme l'absence de consentement peuvent résulter des circonstances environnantes.

Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.

Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».

- Article 222-23 du Code pénal :

« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur sans consentement est un viol. Il n'y a pas consentement lorsque l'acte a été commis par violence, contrainte, menace ou surprise.

Le consentement comme l'absence de consentement peuvent résulter des circonstances environnantes.

Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».

PROJET DE DELIBERATION

Le Conseil de l'Ordre du barreau de Paris, réuni le 26 novembre 2024

Prend acte des nombreuses prises de position exprimant les attentes de la société, tout en soulignant la nécessité de prudence quant à l'introduction de la notion de consentement dans la définition pénale du viol ;

Rappelle que la jurisprudence sur la question du viol est en constante évolution, et qu'il n'existe pas de preuve que la définition pénale du viol constitue, en l'état, un véritable obstacle à la répression efficace de ce crime ;

Considérant que la jurisprudence actuelle prend déjà en compte le défaut de consentement dans la qualification du viol, aux côtés des éléments constitutifs que sont la violence, la contrainte, la menace et la surprise ;

Estime que le seul « défaut de consentement » ne peut constituer un critère autonome de qualification du viol en dehors des autres éléments constitutifs prévus par le Code pénal, en raison des risques juridiques que cela ferait peser sur la charge de la preuve et sur l'exercice des droits de la défense ;

Insiste sur l'importance d'adopter des politiques de prévention renforcées, visant à sensibiliser sur les notions de consentement et à protéger les victimes de violences sexuelles, tout en assurant une prise en charge efficace et adaptée des victimes à chaque étape de leur parcours.

Soutient la possibilité d'introduire, de manière nuancée et encadrée, la notion de consentement explicite dans le droit, sans pour autant créer un cas autonome de viol reposant uniquement sur l'absence de consentement.

Propose la rédaction suivante du nouvel article 222-22 du Code pénal :

*« Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise sans consentement. Il n'y a pas consentement lorsque l'acte a été commis par violence, contrainte, menace ou surprise.
Le consentement comme l'absence de consentement peuvent résulter des circonstances environnantes.
Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage.
Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables ».*

Propose la rédaction suivante du nouvel article 222-23 du Code pénal :

*« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur sans consentement est un viol. Il n'y a pas consentement lorsque l'acte a été commis par violence, contrainte, menace ou surprise.
Le consentement comme l'absence de consentement peuvent résulter des circonstances environnantes.
Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle ».*

ANNEXES DU RAPPORT

- Proposition de Loi reconnaissant l'absence de consentement comme élément constitutif de l'agression sexuelle et du viol
 - Proposition de Loi visant à intégrer la notion de consentement dans la définition pénale des infractions d'agression sexuelle et de viol déposée par Madame Sarah LEGRAIN du 15 octobre 2024
 - Bibliographie
- « Incrimination de viol : vers une intégration de la notion de consentement », Dalloz Actualité 22 mars 2024