

Jurisprudence

Cour de cassation (2e ch., F),
10 juin 2015
P.15.0316.F.

(extraits)

Président : M. de Codd, premier président
Rapporteur : M. Close, président de section
Ministère public : M. Loop, avocat général
Pl. : M^e M. Alié (du barreau de Bruxelles)

1° ATTENTAT À LA PUDEUR ET VIOL – attentat à la pudeur – victime âgée de moins de seize ans – absence de consentement – présomption irréfragable

1° La loi établit une présomption irréfragable d'absence de consentement dans le chef de toute personne âgée de moins de seize ans au moment où elle fait l'objet d'un acte portant atteinte à son intégrité sexuelle¹. (C. pén., art. 372, 373 et 374.)

2° ATTENTAT À LA PUDEUR ET VIOL – attentat à la pudeur – éléments constitutifs – victime âgée de moins de seize ans – atteinte portée à l'intégrité sexuelle – appréciation objective – conséquence

2° La réalité de l'atteinte portée à l'intégrité sexuelle de toute personne âgée de moins de seize ans au moment où elle fait l'objet de l'acte s'apprécie objectivement et non en fonction du sentiment individuel de l'enfant ; il en résulte que le caractère culpeux de l'acte n'est tributaire ni de la conscience ou de la perception que le mineur d'âge en a au moment où il en est l'objet, ni du malaise, de la gêne ou de la honte que les agissements de l'auteur ont, ou non éveillés en lui². (C. pén., art. 372, 373 et 374.)

3° LOIS, DÉCRETS, ORDONNANCES, ARRÊTÉS – interprétation – loi pénale – interprétation restrictive – conséquence

1 I. WATTIER, « L'attentat à la pudeur et le viol », in *Les Infractions, Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, Volume 3, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 101.

2 Voir Cass. 6 février 2013, R.G. P.12.1650.F, *Pas.*, 2013, n° 86, avec concl. de M. D. VANDERMEERSCH, avocat général, et Cass. 27 novembre 2013, R.G. P.13.0714.F, *Pas.* 2013, n° 635, avec concl. de M. D. VANDERMEERSCH, avocat général, ces deux causes concernant des faits d'attentat à la pudeur commis sur une personne majeure et non, comme en l'espèce, sur une personne âgée de moins de seize ans.

3° En acquittant le prévenu au motif que les enfants n'ont pu éprouver ou n'ont pas ressenti la moindre gêne ou honte au moment où les faits ont été commis, l'arrêt ajoute à la loi d'incrimination une condition qu'elle ne contient pas³.

(C. et crts, et le procureur général près la cour d'appel de Bruxelles, c. L.)

I la procédure devant la cour

Les pourvois sont dirigés contre un arrêt rendu le 30 janvier 2015 par la cour d'appel de Bruxelles, chambre correctionnelle.

(...)

II la décision de la cour

A Sur le pourvoi du procureur général près la cour d'appel :

Sur le premier moyen :

La loi établit une présomption irréfragable d'absence de consentement dans le chef de toute personne âgée de moins de seize ans au moment où elle fait l'objet d'un acte portant atteinte à son intégrité sexuelle.

La réalité de cette atteinte s'apprécie objectivement et non en fonction du sentiment individuel de l'enfant.

Il en résulte que le caractère culpeux de l'acte n'est tributaire ni de la conscience ou de la perception que le mineur d'âge en a au moment où il en est l'objet, ni du malaise, de la gêne ou de la honte que les agissements de l'auteur ont, ou non, éveillés en lui.

En acquittant le prévenu au motif que les enfants n'ont pu éprouver ou n'ont pas ressenti la moindre gêne ou honte au moment où les faits ont été commis, l'arrêt ajoute à la loi d'incrimination une condition qu'elle ne contient pas.

Les juges d'appel n'ont dès lors pas légalement justifié leur décision.

Le moyen est fondé.

³ Voy. également, à propos de l'obligation pour le juge de s'en tenir à l'interprétation stricte de la loi, y compris *in defavorem*, Cass., 19 mai 1993, P.93.0110.F, *Pas.*, I, pp. 498 et s., concl. av. gén. PIRET, *Rev. dr. pén. crim.*, 1993, pp. 880 et s., *J.T.*, 1993, pp. 573 et s. ; Cass., 12 avril 1983, *Pas.*, I, pp. 852 et s., *Rev. dr. pén.*, 1984, p. 399 ; F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, t. I, *La loi pénale*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 197 et s., spéc. p. 199 et p. 201.

Il n'y a pas lieu d'examiner le second moyen qui ne pourrait entraîner une cassation plus étendue.

Pour le surplus, les formalités substantielles ou prescrites à peine de nullité ont été observées et la décision est conforme à la loi.

B Sur les pourvois des parties civiles :

Sur le moyen :

Pour les motifs exposés ci-dessus en réponse au premier moyen similaire du procureur général près la cour d'appel, le moyen est fondé.

PAR CES MOTIFS,

LA COUR

Casse l'arrêt attaqué en tant que, statuant sur l'action publique, il acquitte le défendeur des préventions A.1, A.2, B.1, B.2 et C ;

Casse l'arrêt attaqué en tant que, statuant sur les actions civiles exercées par Ch. C., C. C., et M. C., il les déboute des demandes fondées sur la prévention A.1 ;

Rejette le pourvoi du procureur général près la cour d'appel de Bruxelles pour le surplus ;

Ordonne que mention du présent arrêt sera faite en marge de l'arrêt partiellement cassé ;

Condamne le défendeur aux frais des pourvois des parties civiles demandereses et aux trois quarts des frais du pourvoi du procureur général ;

(...)

Note

La jurisprudence récente relative à l'attentat à la pudeur : sans gêne ou mal à l'aise ?

I La présomption d'absence de consentement des mineurs en matière d'attentat à la pudeur éclipse la question du sentiment de gêne du mineur

Dans cette affaire, le prévenu poursuivi également du chef de détention de matériel pédopornographique avait été acquitté par la cour d'appel de Bruxelles⁴ des

⁴ Bruxelles, 30 janvier 2015, inédit, n° 2015/368.

préventions d'attentats à la pudeur commis sans violences ni menaces perpétrés sur des mineures âgées de moins de 16 ans. En l'espèce, l'auteur avait pris des photos de ses deux filles, de sa nièce et des amies de celles-ci, tantôt nues, tantôt dans des positions à connotation sexuelle ou ambiguës, en ayant vraisemblablement suggéré la nudité et lesdites positions de ces jeunes filles âgées de 6 à 12 ans au moment des premiers faits.

La cour d'appel de Bruxelles s'en référa d'abord à la jurisprudence de la Cour de cassation⁵ selon laquelle l'attentat à la pudeur sans violences ni menaces est « un acte portant atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne telle qu'elle est perçue par la conscience collective d'une société déterminée à une époque déterminée ». Elle précisa également « qu'il ne faut donc pas se référer à la conception subjective de la victime (ou de l'auteur ou du juge) mais à celle de cette société⁶ » et que l'acte devait être d'une certaine gravité sans toutefois exiger un contact physique avec la victime. La cour d'appel de Bruxelles ajouta que « l'infraction requiert aussi que la victime ait été blessée dans sa⁷ pudeur ». Or, cette 'condition' supplémentaire n'est généralement pas retenue par la doctrine⁸, ni généralisée au sein de la jurisprudence. Par ailleurs, cet élément est contradictoire⁹ avec ce que la juridiction d'appel venait de recommander *i.e.* de ne pas faire référence à « la conception subjective de la victime ».

Cette aporie témoigne sans doute de la persistance d'une confusion entre d'une part, l'identification d'une victime particulière¹⁰ (voire d'exiger une interaction directe entre l'auteur et la victime¹¹) condition de réalisation de l'attentat à la pu-

5 Cass., 7 janvier 1997, *R.W.*, 1997-1998, 116 et note A. VANDEPLAS ; Cass., 24 mai 2011, *R.G.P.* 10.1990.N.

6 Se référant à l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 octobre 2004 (*R.G.P.* 04.0665.F).

7 C'est nous qui soulignons.

8 Voy. I. WATTIER, « Les infractions d'attentat à la pudeur et de viol. État du droit positif et questions métapositives », in A. MASSET et alii, *La poursuite et le traitement des auteurs d'infractions à caractère sexuel*, Les dossiers de la revue de droit pénal et de criminologie, n° 15, Bruxelles, la Charte, 2009, p. 23 et les références citées.

9 Le cumul des deux éléments (conscience collective et sentiment individuel de la victime) n'est pas constitutif en lui-même d'une contradiction. Ce sont les développements de la cour *in casu* qui le sont.

10 Condition non requise pour la reconnaissance de l'infraction d'outrage aux mœurs en public par des actions qui blessent la pudeur (C.P., art. 385) laquelle est une infraction que l'on peut qualifier d'impersonnelle (Voy. I. WATTIER, « L'attentat à la pudeur et le viol », in *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, op. cit., pp. 100-101 et les références citées dans cette contribution ; I. WATTIER, v° Outrages publics aux bonnes mœurs, *Qualifications et jurisprudence pénales*, Bruxelles, la Charte, XI, 2013, p. 73).

11 Ce qui n'est pas le cas lorsqu'une tierce personne filme les relations sexuelles d'autres personnes à l'insu de celles-ci. (Voy. Cass., 8 janvier 2008 ; Corr. Termonde, 18 juin 2012, *T. Strafr.*, 2012, 476 et note F. SCHUERMANS, « Louter gluren is geen aanranding van de eerbaarheid », *Rev. dr. pén. crim.*, 2013, 417). Nous avons cependant ressenti un certain 'malaise' par rapport à l'arrêt de la Cour de cassation suvisé rendu le 8 janvier 2008 (Voy. I. WATTIER, « L'attentat à la pudeur et le viol », in *Les infractions contre l'ordre des familles, la moralité publique et les mineurs*, coll. Droit pénal, Série Les infractions, Vol. 3, Bruxelles, Larcier, 2011, pp. 122-124).

La Cour de cassation a également écarté la qualification d'attentat à la pudeur commis avec violences ou menaces dans le cas où c'est non plus un tiers mais bien l'un des partenaires de la relation

deur, et d'autre part, le sentiment de gêne propre à la victime, élément qui n'est en règle pas requis pour constituer l'infraction.

La juridiction d'appel précisa pourtant à bon droit qu'« en ce qui concerne les mineurs de moins de seize ans accomplis, l'article 372, alinéa 1^{er}, du Code pénal instaure une présomption irréfragable d'absence de consentement, étant considéré qu'un enfant de moins de seize ans accomplis ne peut donner un consentement libre et volontaire aux actes immoraux qu'il subit ou que l'on exige de lui¹² ». Cela étant dit, la cour d'appel acquitta le prévenu en se fondant notamment sur le caractère instantané de l'infraction qui exigerait que le malaise de la victime – auquel elle avait conféré le statut de condition de réalisation de l'infraction – soit ressenti au moment même où les actes litigieux sont commis.

Saisie par le pourvoi des victimes, la Cour de cassation put faire bref procès, la question cardinale dans cette affaire – *i.e.* la portée significative (ou non) de la perception des enfants photographiés sur la réalisation de l'infraction – ayant déjà été tranchée antérieurement par une jurisprudence relativement constante. La Cour de cassation rappela en effet que « la loi établit une présomption irréfragable d'absence de consentement dans le chef de toute personne âgée de moins de seize ans au moment où elle fait l'objet d'un acte portant atteinte à son intégrité sexuelle ». Elle confirma que l'atteinte à l'intégrité sexuelle s'appréciait objectivement et non en fonction du sentiment individuel de l'enfant, et en conclut que « le caractère culpeux de l'acte n'est tributaire ni de la conscience ou de la perception que le mineur d'âge en a au moment où il en est l'objet, ni du malaise, de la gêne ou de la honte que les agissements de l'auteur ont, ou non, éveillés ». La Cour de cassation a ainsi jugé qu'« en acquittant le prévenu au motif que les enfants n'ont pu éprouver ou n'ont ressenti la moindre gêne ou honte au moment où les faits ont été commis, l'arrêt ajoute à la loi d'incrimination une condition qu'elle ne contient pas ».

L'arrêt commenté n'est pas sans rappeler celui rendu, le 21 octobre 2013, par la cour d'appel de Liège¹³. Dans cette autre affaire, un nourrisson avait été traité comme un objet sexuel par sa grand-mère et le compagnon de celle-ci. À l'occasion de leurs relations sexuelles, le compagnon avait notamment pratiqué une fellation sur le nourrisson tandis que la grand-mère avait introduit son sein enduit de lait sucré dans la bouche de l'enfant (fait qualifié de viol). La juridiction liégeoise avait dû répondre également à l'argumentation des prévenus selon laquelle au vu de l'âge de l'enfant, ce dernier ne pouvait avoir conscience d'une atteinte à son intégrité sexuelle. Et la cour d'appel de Liège de préciser « l'âge de l'enfant n'a d'autre effet que de sanctionner plus ou moins sévèrement l'auteur et d'assurer

sexuelle qui filme cette dernière à l'insu de l'autre parentaire (Cass., 27 novembre 2013, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, pp. 226 et ss. ; *Nullum Crimen*, 2014, 407).

12 Se référant à l'arrêt de la Cour de cassation rendu le 14 décembre 1971, *Pas.*, I, p. 367.

13 Liège, 21 octobre 2013, F-20131021-3.

ainsi une protection plus grande des jeunes victimes, sans qu'il faille s'interroger sur la conscience qu'elles peuvent avoir des actes posés sur elles ».

Revenons-en à la décision rendue par la Cour de cassation le 10 juin 2015. Celle-ci ne provoque à l'heure aucun malaise¹⁴. Elle suscite néanmoins quelques observations :

Tout d'abord, il ne nous semble pas nécessaire de rappeler que le critère mobilisé pour décider si les faits sont constitutifs (ou non de l'élément matériel) de l'attentat à la pudeur est l'état de la conscience collective (sur le caractère sexuel des actes perpétrés) et non pas le sentiment de gêne (ou non) de l'enfant. En effet, la présomption irréfragable d'absence de consentement du mineur évacue la question de savoir si l'enfant a ressenti ou non un malaise, et ce, quel que soit le cas d'espèce. Le consentement de l'enfant de moins de seize ans étant inopérant en droit pénal de l'attentat à la pudeur, il serait curieux de conférer une portée à son degré de conscience et de malaise quant aux faits. Le contraire reviendrait à donner une responsabilité à portée pénale à l'enfant – la punissabilité du comportement serait tributaire, en partie au moins, de sa perception des faits – alors que la norme pénale actuelle (la présomption irréfragable d'absence de consentement) repose sur le choix du législateur de ne pas convoquer la connaissance et le libre arbitre propres de l'enfant impliqué. Par ailleurs, la remise en question de la présomption absolue d'absence de consentement ne nous semble pas compatible avec le droit européen de l'abus sexuel qui est indifférent au consentement de l'enfant « qui n'a pas atteint l'âge de la majorité sexuelle¹⁵ » selon la législation nationale.

La deuxième observation a trait au motif selon lequel « le caractère culpeux de l'acte n'est tributaire ni de la conscience ou de la perception que le mineur d'âge a au moment où il en est l'objet, ni du malaise, de la gêne ou de la honte que les agissements de l'auteur ont, ou non, éveillés en lui¹⁶ ». Nous parlerions volontiers du caractère punissable du comportement adopté plutôt que du « caractère culpeux de l'acte » – pour écarter la prise en considération du sentiment de malaise de l'enfant – dans la mesure où la *culpa* (la faute de l'auteur) renvoie à l'élément moral de l'infraction et non à la question du critère d'appréciation (*i.e.* l'état de la conscience collective) de l'élément matériel de l'infraction (*i.e.* l'atteinte à l'intégrité sexuelle de la personne). En revanche, l'intérêt de ce motif pourrait résider dans une interprétation indirecte selon laquelle l'éventuel sentiment de gêne de la victime – à supposer qu'il soit pris en considération, *quod non* s'agissant des victimes mineures d'âge –

14 Voy. R. DE BÉCO, « La protection de l'intégrité sexuelle des enfants : la Cour de cassation remet les pendules à l'heure », *J.T.*, 2015, pp. 594-595.

15 Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 relative à la lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle, ainsi que la pédopornographie et remplaçant la décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil, *J.O.*, 17.12.2001, L-335, art. 3.4. Voy. Convention du Conseil de l'Europe sur la protection des enfants contre l'exploitation et les abus sexuels, du 25 octobre 2007, STCE, 201, art. 18.1.a.

16 C'est nous qui soulignons.

ne devrait pas nécessairement être éprouvé par celle-ci au moment précis où l'acte est commis. Cette observation est formulée dans la mesure où la question de la portée du caractère instantané de l'infraction d'attentat à la pudeur s'est posée. Nous l'aborderons au point II.

Enfin, la troisième et dernière observation porte sur l'usage de l'adverbe « objectivement » qui entretient l'illusion d'un travail d'objectivation pour dégager les pratiques sociales et la conscience dominantes en matière de mœurs sexuelles. En effet, le critère de l'état de la conscience collective n'est pas, à proprement parler, un critère objectif¹⁷ mais une façon de nommer quelque chose qui est difficilement mesurable. Au demeurant, nous ne donnons pas au droit la vocation de s'aligner aveuglément sur les mœurs sociales mais bien de conserver sa propre part de « normalisation » – la normativité – à partir de choix politiques et éthiques assumés.

S'agissant de l'appréciation de ce qui constitue ou non une atteinte à l'intégrité sexuelle à laquelle les juges doivent se livrer, nous sommes ainsi davantage favorables à la prise en considération du contexte propre au cas d'espèce¹⁸. Il doit alors être convoqué de manière explicite¹⁹ en telle manière que la différence éventuelle de traitement entre telle cause et telle autre, proches quant aux faits, puisse être considérée comme raisonnable et justifiée²⁰. Cela suppose que les motifs de la décision relatifs au contexte soient suffisamment étayés. Dans ses conclusions précédant l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 6 février 2013, l'avocat général D. Vandermeersch semble emprunter cette voie. En effet, il rattache notamment l'objectivité – pour déterminer s'il y a atteinte à l'intégrité sexuelle – aux circonstances concrètes²¹ du cas d'espèce.

17 Au sens positiviste où l'objectivité porte sur un objet, une chose mesurable, indépendamment du point de vue du sujet, tandis que la subjectivité renvoie au propre jugement conscience du sujet. Or, le critère de la *conscience collective* fait nécessairement appel à l'intersubjectivité. Cette dernière est susceptible de favoriser le processus d'objectivation.

18 À ce propos, voy. notam. I. WATTIER, « Le double seuil d'âge de validité du consentement sexuel : un choix de politique pénale », *Rev. dr. pén. crim.*, 2010, p. 245 et les références citées.

19 La prise en considération des circonstances par les juges du fond est parfois trop implicite. Sa mobilisation explicite est de nature à favoriser une plus grande compréhension de la mise en oeuvre du droit en tant qu'elle est, certainement en droit pénal de l'attentat à la pudeur, un travail d'ajustement délicat de la règle générale et abstraite aux cas particuliers.

20 Les décisions juridictionnelles ne sont certes pas soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle mais le raisonnement suivi par la Cour nous semble pertinent dans le cadre du jugement en situation que doivent rendre des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire.

21 Cass., 6 février 2013, P.12.1650.F, concl. av. gén. D. VANDERMEERSCH. Les faits (un homme se glissant en slip, au milieu de la nuit, et par surprise sur la couchette d'une femme endormie, touche les jambes de cette femme et maintient la pression une fois la femme réveillée, se débattant et intimant à l'intrus d'arrêter ses agissements) impliquaient certes exclusivement des personnes majeures mais le critère du contexte ne porte pas sur la question du consentement de la victime. La prise en considération du contexte, s'agissant des sujets mineurs d'âge n'implique pas nécessairement l'abandon de la présomption irréfragable d'absence de consentement. Le contexte permet de motiver la reconnaissance ou non d'une atteinte à l'intégrité sexuelle. Voy. aussi Bruxelles, 19 mars, 2003, *J.T.*, 2003, p. 487.

II Le critère de la conscience collective s'effacerait-il derrière la question du malaise instantané de la victime majeure ?

La cour d'appel de Bruxelles – dont l'arrêt du 30 janvier 2015 fut cassé²² par l'arrêt commenté – a rappelé que « l'attentat à la pudeur est une infraction instantanée ». L'un des moyens invoqués par le demandeur en cassation visait la portée que la cour d'appel avait donnée au caractère instantané de l'infraction. Ajoutant une condition d'existence à l'infraction d'attentat à la pudeur sans violences ni menaces – la conscience et le sentiment de gêne de l'enfant impliqué –, et d'autre part, constatant, qu'en l'espèce, les enfants n'avaient pas témoigné d'un tel sentiment de malaise au moment des faits, la cour d'appel s'appuya sur le caractère instantané de l'infraction pour écarter la prévention d'attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces.

Dans la mesure où la Cour de cassation a rappelé que le sentiment de l'enfant n'était pas pertinent pour juger de la réalisation de l'infraction d'attentat à la pudeur sans violences ni menaces, elle a de manière cohérente fait l'économie du traitement de la question de l'instantanéité de l'infraction. Ayant surgi ces derniers temps à l'occasion de plusieurs affaires impliquant, cette fois, des personnes majeures, le caractère instantané de l'infraction d'attentat à la pudeur mérite notre attention.

Une première affaire concernait un homme qui avait filmé ses relations sexuelles à l'insu de ses partenaires. La cour d'appel de Mons²³ avait qualifié les faits d'attentat à la pudeur commis avec violences ou menaces dans la mesure où « en ayant eu recours de manière imprévisible à un procédé de nature à assurer la clandestinité et le cadrage pertinent des images enregistrées, le prévenu avait, en filmant à leur insu sans leur consentement ses partenaires, placé ces dernières dans la situation de ne pas pouvoir s'opposer au fait d'être filmées contre leur gré dans le cours de leurs ébats intimes ». Cet arrêt fut cassé le 27 novembre 2013²⁴ et la cause renvoyée devant la cour d'appel de Liège²⁵ qui se conforma à l'arrêt de cassation.

Dans ses conclusions précédant l'arrêt de la Cour de cassation rendu dans cette affaire, l'Avocat général D. Vandermeersh releva notamment que la doctrine était divisée quant à l'appréhension des actes de voyeurisme sous l'incrimination d'at-

22 Avec renvoi devant la cour d'appel de Mons.

23 Mons, 14 mars 2013, F-20130314-8.

24 Cass., 27 novembre 2013, *Rev. dr. pén. crim.*, 2014, 226 ; *R.A.B.G.*, 2014/8, pp. 499 et ss., et note L. DELBROUCK, « Eigen bedprestaties vastleggen hoeft geen aanranding te zijn » ; *T. Straf.*, 2014/6, pp. 362 et ss. et note S. VANDROMME, « Zijn het stiekem filmen van seksuele betrekkingen en andere vormen van voyeurisme strafbaar als aanranding van de eerbaarheid ? ».

25 Liège, 6 mars 2014, n° 2014/824.

tentat à la pudeur commis avec violences ou menaces²⁶. Selon l'Avocat général, « l'acte doit porter atteinte par lui-même, à cette intégrité sexuelle en ce sens qu'il doit être de nature à blesser la pudeur de la victime *au moment où il est commis et que consciente de cette situation, cette dernière éprouve une gêne*²⁷ ». Il estime qu'« une interprétation stricte – et non analogique – de la notion légale d'attentat à la pudeur avec violences ou menaces (...) conduit à considérer que le seul fait, pour un partenaire, d'enregistrer par vidéo, à l'insu de l'autre, des relations sexuelles librement consenties ne peut être constitutif d'un tel attentat à la pudeur ».

Cette position doctrinale suscite une observation. Certes, l'interdiction de l'interprétation analogique est un principe en droit pénal. Elle se prête toutefois à la critique d'un point de vue rationnel dès lors qu'il est impossible d'échapper radicalement au schème de pensée analogique dans l'application de la règle de droit (générale et abstraite) au cas (particulier et concret)²⁸. Quant à elle, l'interprétation évolutive entendue comme « l'application de la règle ancienne à des faits que le législateur était dans l'impossibilité absolue de pressentir²⁹ » est admise. D'aucuns ont rappelé que « l'interprétation logique n'est admise que lorsque le fait dont le juge est saisi peut être compris dans la définition légale de l'incrimination sans qu'il soit nécessaire de dépasser la portée réelle de la loi³⁰ ». Outre que l'interprétation logique³¹ n'est pas exclusive du raisonnement analogique, s'agissant de l'attentat à la pudeur, l'opération est particulièrement malaisée en l'absence d'une définition capable de circonscrire la portée de la loi.

Dans cette première affaire, la Cour de cassation rappela que : « l'attentat à la pudeur est une infraction instantanée. Les éléments constitutifs de l'infraction doivent exister au moment où est accompli l'acte susceptible de recevoir une telle qualification ». Elle a jugé que « l'enregistrement par caméra des images d'une relation sexuelle, réalisé par un des partenaires à l'insu de l'autre, ne constitue dès lors pas un attentat à la pudeur de ce dernier, au sens de l'article 373, alinéa 1^{er}, du Code pénal ». La cour d'appel de Liège, saisie de l'affaire par renvoi, s'est conformée à l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 2013³².

Une seconde affaire concernait deux femmes majeures qui avaient été touchées au niveau des fesses par un homme au moment d'une bousculade dans le métro. L'une des deux dames ne fut pas identifiée. La seconde dame ne s'était pas rendu

26 Le droit pénal belge n'incrimine pas l'attentat à la pudeur commis sur des personnes majeures *sans* violences ni menaces. À ce propos, voy F. KUTY, « Les notions de violence, de menace et de surprise constitutive de l'attentat à la pudeur », *J.L.M.B.*, 2015/10, pp. 467-478.

27 C'est nous qui soulignons.

28 Voy. M.-A. BEERNAERT, M. DE RUE, I. WATTIER, « L'accessibilité et l'intelligibilité du droit contemporain en matière pénale : une gageure ? », in *Liber Amicorum Henri-D. Bosly. Loyauté, justice et vérité*, Bruxelles, la Charte, 2009, pp. 28-32.

29 Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, op. cit., p. 297.

30 F. KUTY, *Principes généraux du droit pénal belge*, 2^e éd., t. I, Bruxelles, Larcier, 2009, pp. 220-221.

31 Sans autre précision, nous donnons ici au qualificatif « logique », le sens de « cohérente ».

32 Cass., 27 novembre 2013, P. 13.0714.F, op. cit.

compte du caractère délibéré de ces attouchements au moment des faits mais seulement postérieurement. Les faits furent portés à la connaissance des instances répressives par l'intermédiaire des policiers, présents dans les transports en commun, qui observèrent la façon dont le prévenu opérait. Il se plaçait dans une position appropriée près d'une femme, puis à la faveur d'une bousculade, en profitait pour la toucher au niveau des fesses. Le tribunal correctionnel de Bruxelles avait condamné le prévenu du chef des préventions réunies d'attentat à la pudeur (avec violences ou menaces) et d'outrage public aux bonnes mœurs par des actions qui blessent la pudeur³³. Saisie de cette affaire, la cour d'appel de Bruxelles réforma la condamnation du chef d'attentat à la pudeur avec violences ou menaces aux motifs suivants :

« La personne identifiée ne s'était pas rendu compte de l'atteinte portée volontairement à son intimité.

Les actes commis par le prévenu avec contact physique n'ont donc pas engendré de gêne ou de malaise pour cette dame au moment où ils furent réalisés et il n'apparaît pas qu'il en fut autrement, s'agissant de la première dame concernée.

Une des conditions essentielles pour qu'il y ait attentat à la pudeur paraît ainsi faire défaut.

*Le fait que la conscience collective considérerait, objectivement, les actes incriminés comme des actes blessant la pudeur ne pourrait, à lui seul, suffire*³⁴.

De tels actes requéraient que la pudeur de la victime ait été blessée au moment où ils furent posés. Or, il est établi que ces actes ne les ont nullement blessées de cette manière au moment où ils furent réalisés et ne leur ont pas fait éprouver la moindre gêne ou la moindre honte à ce moment-là³⁵ ».

Cet arrêt rendu le 16 avril 2015, confère au sentiment de la victime, à l'instar de l'arrêt rendu par la même cour d'appel de Bruxelles le 30 janvier 2015, le statut d'élément constitutif de l'infraction que l'arrêt de la Cour de cassation du 10 juin 2015 lui a refusé. Certes, l'arrêt de la cour d'appel ayant entraîné la cassation du 10 juin 2015 concernait une affaire impliquant des filles *mineures* (photographiées dans des position impudiques par le père de deux d'entre elles) tandis que l'arrêt de la cour d'appel du 16 avril 2015 portait sur une affaire impliquant des femmes *majeures* (touchées aux fesses par un homme sans se rendre compte, au moment des faits, de l'intention de l'auteur de ce faire)³⁶. Cette différence est significative

33 Corr. Bruxelles, 13 octobre 2014, inédit.

34 C'est nous qui soulignons.

35 Bruxelles, 16 avril 2015, n° du greffe 2014 BC 845, inédit.

36 Selon R. DE BECO (*op. cit.*), cette distinction (victimes mineures/victimes majeures) qu'il fait, quant à lui, entre l'arrêt de la Cour de cassation du 27 novembre 2013 (femmes filmées à leur insu par leur partenaire au cours de leurs relations intimes) et l'arrêt du 10 juin 2015 (mineures photographiées

s'agissant de l'absence de consentement de la victime, une présomption *iuris et de iure* pour les mineurs de moins de 16 ans, une preuve négative à rapporter pour les personnes majeures.

Il n'en demeure pas moins que l'introduction d'une nouvelle condition d'existence de l'infraction d'attentat à la pudeur commis *avec* violences ou menaces, que cette infraction ne contenait pas jusqu'ici – la gêne éprouvée par la 'victime' au moment précis des faits – fait bouger les lignes : elle fait prévaloir expressément (cf. le motif souligné ci-dessus) cet élément individuel et subjectif (ni légal, ni matériel, ni moral au sens de la théorie de l'infraction³⁷) sur le critère de la conscience collective. Nous aurions été moins surprise si la cour d'appel de Bruxelles avait écarté la qualification d'attentat à la pudeur au motif que l'atteinte n'était accompagnée ni de violence ni de menace, se fondant alors sur une interprétation restrictive de ces notions. Notons cependant qu'une analyse critique de la jurisprudence et de la doctrine relatives à l'attentat à la pudeur sans violences ni menaces conduit une partie de la doctrine à limiter davantage l'assimilation de la surprise à la violence sauf précisément en cas d'attouchement³⁸.

Nous sommes également interpellée par la façon dont la jurisprudence appréhende le caractère instantané de l'infraction. Rappelons que l'infraction instantanée « est complètement réalisée par l'accomplissement ou l'omission de l'acte défendu ou prescrit³⁹ » et qu'« est instantanée l'infraction qui telle qu'elle est définie par la loi, s'accomplit à un moment déterminé par un fait unique⁴⁰ ». Le caractère instantané d'une infraction porte sur l'élément matériel de celle-ci. Ce caractère a trait au mode de réalisation de l'acte⁴¹, plus précisément à sa réalisation dans le temps. Les catégories reposant sur ce critère temporel (infractions instantanées, continues, collectives ou d'habitude) « servent de point d'appui à un ensemble de règles de droit pénal général et procédure pénale⁴² ». Enfin, « la situation du délit instantané n'est pas incompatible avec la nécessité d'un certain délai pour la réalisation de l'infraction⁴³ ».

nues par le père de deux d'entre elles) devrait dissiper l'impression de « définitions contradictoires de l'infraction d'attentat à la pudeur *sans* violences ni menaces ». À noter qu'il s'agissait dans la première affaire – et qu'il ne peut s'agir que – d'un attentat *avec* violences ou menaces, les victimes étant majeures.

37 Il ne s'agit pas pour nous de rigidifier la théorie de l'infraction mais la réformer mérite une réflexion approfondie.

38 F. KUTY, « Les notions de violence, de menace et de surprise constitutive de l'attentat à la pudeur », *op. cit.*, p. 477.

39 P.-E. TROUSSE, *Les principes généraux du droit pénal positif belge, Les Nouvelles, Droit pénal*, t. I, vol. 1, Bruxelles, Larcier, 1956, p. 345, n° 2217, cité par Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, *op. cit.*, p. 385.

40 Cass., 25 novembre 1992, *Pas.*, I, 1302, cité par Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 385.

41 Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *ibid.*, pp. 384-385.

42 *Ibid.*, p. 385.

43 *Ibid.*

L'on ne perçoit pas aisément le sens que l'on pourrait donner à « l'instantanéité » de l'élément légal ou de l'élément moral de l'infraction. À cet égard, le glissement de langage qui consiste à définir l'infraction instantanée comme « celle dont tous les éléments constitutifs se réalisent en un instant » n'est pas très heureux.

Pensons à l'infraction de vol, laquelle est également considérée comme une infraction instantanée. Il n'est pourtant pas exigé pour que l'infraction soit établie que la victime ait conscience de sa dépossession au moment où la soustraction frauduleuse se produit, ni qu'elle ait manifesté son absence de consentement au moment où l'acte est commis. Revenons-en aux infractions d'abus sexuels. Comment appréhender ces abus sexuels commis sur des personnes endormies, évanouies, alcoolisées, droguées, sur des déficients mentaux profonds, ... ? Vaut-il juger que leur manque de conscience du caractère attentatoire à l'intégrité sexuelle, au moment même de l'acte abusif, exclut la qualification de viol ou d'attentat à la pudeur ? Dans l'état du droit, il est admis que la dépossession des capacités de connaissance (de cause) et de libre arbitre de la victime n'est pas exclusive d'une atteinte à l'intégrité sexuelle. N'a-t-on pas transposé les exigences de l'élément moral sur la victime ? Cela y ressemble. C'est avec respect du travail des magistrats et des juges que nous partageons ici nos réserves, bien consciente du caractère mouvant de certaines catégories pénales et de la difficulté d'atteindre un niveau raisonnable de sécurité juridique s'agissant des infractions d'attentat à la pudeur. En fait comme en droit, il est difficile pour le juge d'échapper à la casuistique. Et plutôt que de les inviter à s'en tenir à « la portée réelle de la loi », il nous semble plus juste de reconnaître que jusqu'à ce jour, ce sont précisément les juges qui assument, avec l'appui éventuel et modeste de la doctrine, le travail de détermination de la portée concrète de la loi.

Isabelle WATTIER

Université catholique de Louvain

Centre de recherches interdisciplinaires sur la déviance et la pénalité (CRID&P)