



Avis complémentaire

Projet de loi n°7949 portant modification :

1° du Code pénal ;

2° du Code de procédure pénale ;

**en vue de renforcer les moyens de lutte contre les abus
sexuels et l'exploitation sexuelle des mineurs**

Amendements parlementaires

- 13 juillet 2023 -

L'Ombudsman fir Kanner a Jugendlecher (ci-après „OKAJU“) rend le présent avis sur autosaisine par rapport aux amendements parlementaires déposés en date du 11 juillet 2023 relatif au projet de loi n°7949 renforçant les moyens de lutte contre les abus sexuels et l'exploitation sexuelle des enfants.

L'OKAJU avait déjà rendu un avis sur ledit projet de loi et renvoie pour l'essentiel aux considérations y développées. Il observe que l'essentiel des amendements parlementaires déposés a pour objectif de répondre à l'avis du Conseil d'Etat adopté en date du 4 juillet 2023.

En particulier, les auteurs des amendements parlementaires visent à proposer des amendements substantiels en ce qui concerne les relations sexuelles consenties entre mineurs, ce par le biais du recours à une clause dite « Roméo et Juliette », définissant pour les mineurs de moins de seize ans une différence d'âge admissible leur permettant de consentir, dans certaines limites, à des relations sexuelles avec des personnes de plus de seize ans. Une telle clause se départit ainsi de l'approche uniquement axée sur l'âge de seize ans comme âge à partir duquel le mineur pourrait consentir à des relations sexuelles avec une personne plus âgée, ceci, en large partie, afin de tenir compte de la réalité de relations sexuelles existantes et librement consenties.

Les auteurs des amendements parlementaires expliquent par ailleurs ainsi vouloir tenir compte des exigences découlant de la Convention de Lanzarote, laquelle établit à l'article 18.3 que « *les dispositions du paragraphe 1.a n'ont pas pour objet de régir les activités sexuelles consenties entre mineurs* ».

Si l'OKAJU apprécie en principe cette attention accordée aux normes internationales, les choix effectués par les auteurs des amendements posent plusieurs questions et problèmes, tant par rapport à la capacité du mineur de former un consentement libre que par rapport à l'incapacité du mineur de consentir à sa propre exploitation sexuelle.

I. La capacité du mineur de former un consentement libre

L'OKAJU observe que l'article 371-2 du Code pénal, tel qu'il résulte des amendements parlementaires, prévoit qu'« un mineur qui a atteint l'âge de treize ans accomplis, mais pas l'âge de seize ans, peut consentir librement si la différence d'âge avec l'autre personne n'est pas supérieure à quatre ans ».

Plusieurs justifications sont apportées au soutien de cette solution.

D'une part, il s'agirait de s'aligner à la majorité pénale telle que proposée par le projet de loi n°7991 instaurant une procédure pénale pour mineurs. De l'avis de l'OKAJU, un tel raisonnement ne se justifie guère, dès lors que, comme déjà souligné dans son avis relatif au projet de loi n°7991, cette majorité pénale est déraisonnablement basse par rapport aux recommandations du Comité des droits de l'Enfant des Nations Unies, ceci sans justification particulière au-delà du renvoi au passage, à cet âge, à l'enseignement secondaire. L'OKAJU maintient que cette majorité devrait au minimum absolu se situer à quatorze ans, si possible à seize ans – âge qui aurait permis d'éviter les problèmes soulevés par le Conseil d'Etat. Par ailleurs, même en raisonnant en termes de la majorité pénale prévue par ledit projet de loi, il aurait suffi de se limiter à une différence d'âge de trois ans, le choix des quatre ans de différence d'âge n'étant ainsi soutenu par aucune justification particulière.

D'autre part et plus fondamentalement, il s'agirait de ne pas incriminer les relations entre mineurs consentants. Néanmoins, l'OKAJU tient à observer que, de toute évidence, la différence d'âge admise par voie d'amendement parlementaire va au-delà des recommandations internationales. En effet, il serait ainsi possible pour un mineur de quinze ans d'avoir des relations sexuelles librement consenties avec un majeur de dix-neuf ans. L'amendement dépasse ainsi le cadre des relations librement consenties entre mineurs, sans le justifier d'aucune manière. L'OKAJU estime qu'il faudrait prévoir, au maximum, une différence d'âge de trois ans afin d'établir une limite claire au niveau de la majorité légale établie à dix-huit ans.

L'OKAJU entend les difficultés réelles et abus nombreux existant en la matière, en particulier celles relevées par les autorités judiciaires dans leur avis du 17 mars 2022, les menant à préférer l'absence de clause dite « Roméo et Juliette » avec un renvoi à l'opportunité des poursuites réservée au ministère public. L'OKAJU apprécie la sensibilité et l'attention particulière portées par les autorités judiciaires aux relations sexuelles non consenties, aux abus sexuels pouvant exister entre mineurs dès le plus jeune âge, aux consentements obtenus par le biais de manipulations aussi diverses que variées et rendant évidente l'absence de consentement libre et éclairé.

Or l'OKAJU estime également qu'en définitive, le critère d'appréciation sous l'aune de l'opportunité des poursuites serait le même, à savoir l'existence ou non d'un consentement libre et éclairé. En effet, l'admission d'une différence d'âge n'entraîne pas de présomption de consentement dans le cadre de la fourchette définie, et laisse donc la possibilité de poursuites pénales dès lors qu'il n'y aurait, soit pas eu de consentement, soit un consentement, mais obtenu par le biais de manipulations. A l'inverse, le simple renvoi à l'opportunité des poursuites sans modulation explicitement ancrée dans la législation comporte le risque de poursuites indues contre des relations sexuelles librement consenties entre mineurs.

L'OKAJU estime que la solution d'une clause dite « Roméo et Juliette » est judicieuse, si et seulement si celle-ci ne dépasse pas la majorité légale. Il a pleine confiance en la capacité du ministère public d'engager des poursuites pénales dans l'hypothèse d'un consentement semblant inexistant ou vicié.

Dès lors, l'OKAJU estime opportun de reformuler l'amendement parlementaire comme suit :

« Le consentement à un acte sexuel est apprécié au regard des circonstances de l'affaire. Il ne peut pas être déduit de l'absence de résistance de la victime.

Le consentement peut être retiré à tout moment avant ou pendant l'acte sexuel.

~~Dans le cas des articles 372bis et 375bis,~~ Le mineur de moins de seize ans est réputé ne pas avoir la capacité de consentir à l'acte sexuel. Toutefois, un mineur qui a atteint l'âge de treize ans accomplis mais pas l'âge de seize ans, peut consentir librement si la différence d'âge avec l'autre personne n'est pas supérieure à ~~quatre ans~~ **trois ans, à condition que l'autre personne n'ait pas atteint l'âge de dix-huit ans accomplis.**

Dans les cas des articles 372ter et 375ter, le mineur est réputé ne pas avoir la capacité de consentir à l'acte sexuel. »

II. L'incapacité d'un consentement du mineur à sa propre exploitation sexuelle

Un problème substantiel se présente dans la rédaction des amendements concernant les articles 372bis et 375bis, relatifs à l'atteinte à l'intégrité sexuelle ainsi qu'au viol. En effet, les deux articles insèrent au dernier alinéa une référence à la clause dite « Roméo et Juliette », ce qui prête à confusion.

Les articles sont rédigés de manière à caractériser les infractions, tout en précisant que l'infraction est constituée, que le mineur de moins de seize ans « y consente ou non ». Le dernier alinéa des deux articles précise, en revanche, que « toutefois, un mineur qui a atteint l'âge de treize ans accomplis mais pas l'âge de seize ans peut consentir librement si la différence d'âge avec l'autre personne n'est pas supérieure à quatre ans ». L'article semble inacceptable tel que rédigé.

En effet, l'OKAJU tient à souligner que si la clause dite « Roméo et Juliette » se justifie dans le cadre de l'article 371-2 définissant le consentement à un acte sexuel et ses limites, il n'a pas sa place dans les articles consacrés aux infractions citées. L'approche choisie par les auteurs des amendements parlementaires laisse - sans doute par mégarde - entendre que ladite clause pourrait faire exception à la qualification d'atteinte à l'intégrité sexuelle ou de viol, ce qui ne saurait être le cas.

Il importe de faire la différence entre le consentement librement exprimé par rapport à un acte sexuel, d'un côté, et le consentement exprimé par rapport à une infraction pénale telle que l'atteinte à l'intégrité sexuelle ou le viol. En aucun cas un mineur ne saurait-il consentir à sa propre exploitation sexuelle, qu'elle qu'en soit la nature.

L'OKAJU rappelle à ce titre que le Comité des droits de l'enfant établit clairement, dans *ses Lignes directrices concernant l'application du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (CRC-C-156)*, qu'« un enfant de moins de 18 ans ne peut jamais consentir à aucune forme de vente, d'exploitation sexuelle ou d'abus sexuels et que les États parties doivent incriminer tous les actes visés par le Protocole facultatif lorsqu'ils sont commis contre un mineur de 18 ans. On ne saurait en aucune circonstance présumer qu'un enfant a consenti à un acte d'exploitation sexuelle ou à une forme quelconque d'abus sexuel » (§72).

Dès lors, l'OKAJU estime que le dernier alinéa des articles 372bis et 375bis devrait être biffé.

III. Efforts nécessaires en termes d'éducation sexuelle et affective

L'OKAJU ne peut que féliciter le législateur de son intention ferme de renforcer les moyens de lutte contre les abus sexuels commis à l'égard des mineurs. Néanmoins, il tient à souligner l'insuffisance de simples modifications législatives en l'absence de politiques publiques correspondantes.

Le projet de loi sous avis consiste met en avant le libre consentement à l'acte sexuel comme critère fondamental d'appréciation, qu'il s'agisse de mineurs ou d'adultes. Afin toutefois que cette démarche porte pleinement ses fruits, il est essentiel de fournir des efforts supplémentaires en termes d'éducation sexuelle et affective.

Il importe, d'une part, que les enfants et jeunes soient éduqués de manière à savoir, dès le plus jeune âge, qu'ils peuvent refuser toute marque d'affection et tout geste et comportement de nature sexuelle sans devoir s'en justifier d'une quelconque manière, en leur permettant également de savoir ce qui relève de la sphère intime. D'autre part, il convient également de clarifier la notion de consentement et la nature d'une relation sexuelle saine, y compris afin d'éviter qu'un jeune puisse avoir l'impression que son comportement relève de la sphère du consentement, alors que ce ne serait pas le cas (voir par exemple la précision utilement apportée par l'article 371-2 de la possibilité du retrait à tout moment du consentement).

L'OKAJU constate avec regret qu'à l'heure actuelle, une éducation sexuelle et affective généralisée et dispensée dès le plus jeune âge fait défaut (malgré les efforts d'acteurs de la société civile d'y contribuer), et exhorte le gouvernement et le législateur d'y remédier le plus rapidement possible.

Ainsi qu'indiqué dans son avis initial, l'OKAJU estime par ailleurs qu'il faudrait impérativement augmenter l'offre thérapeutique tant pour les victimes que pour les auteurs d'infractions sexuelles, tout comme il faudrait instaurer une approche conforme à la méthodologie dite *Barnahus*, permettant de rassembler l'ensemble des acteurs que les victimes devront rencontrer, ceci tant afin d'éviter des traumatismes secondaires que pour faciliter la collecte d'éléments de preuve (dont notamment les résultats d'examens gynécologiques à effectuer sans délai).

Enfin, l'OKAJU rappelle que l'abus sexuel sur mineur n'est pas une matière réservée à la sphère publique, mais concerne de plus près la société entière. Outre les efforts de sensibilisation, il rappelle à cet égard que les personnes ayant connaissance de faits qualifiables d'abus sexuels devraient impérativement et sans délai les signaler aux autorités compétentes.