



HAL
open science

Les sexualités des mineurs sous le contrôle du juge pénal aux 19^e et 20^e siècles. L'interprétation jurisprudentielle de l'article 334 du Code pénal- le délit d'excitation de mineurs à la débauche (1810-1942)

Hélène Duffuler-Vialle

► To cite this version:

Hélène Duffuler-Vialle. Les sexualités des mineurs sous le contrôle du juge pénal aux 19^e et 20^e siècles. L'interprétation jurisprudentielle de l'article 334 du Code pénal- le délit d'excitation de mineurs à la débauche (1810-1942). Criminocorpus, revue hypermédia, 2019, L'enfance au tribunal. Enjeux historiques, perspectives contemporaines, 10.4000/criminocorpus.6974 . hal-03697792

HAL Id: hal-03697792

<https://hal.science/hal-03697792>

Submitted on 17 Jun 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les sexualités des mineurs sous le contrôle du juge pénal aux 19^e et 20^e siècles

L'interprétation jurisprudentielle de l'article 334 du Code pénal- le délit d'excitation de mineurs à la débauche (1810-1942)

« Il est peu de dispositions de notre loi pénale qui aient été plus vivement discutées et plus diversement interprétées que l'article 334 du Code pénal »¹, commentait, en 1870, l'avocat général à la Cour de cassation Antoine Blanche dans ses *Etudes pratiques sur le Code pénal*. Cet article a beaucoup évolué de sa rédaction en 1810 à sa disparition lors de l'avènement du nouveau Code pénal en 1994. Sa rédaction initiale visait l'excitation de mineurs à la débauche. Au début du 20^e siècle de nombreux alinéas sont ajoutés afin de prendre en compte une certaine forme de proxénétisme désigné comme relevant de la « traite des femmes ». Enfin en 1942, l'article 334 se dote d'un alinéa qui incrimine spécifiquement, de manière discriminatoire, l'homosexualité².

Cette étude se concentre sur la formulation initiale de l'article 334 et son application par le juge pénal au cours du 19^e siècle, avant que le débat sur la traite des femmes ne polarise l'attention. Le flou juridique qui entoure ce texte laisse une marge de manœuvre particulièrement large au juge au point qu'il supplante le législateur dans son rôle théorique de créateur de droit. Cela confirme, s'il en était besoin, l'importance d'une approche philosophique réaliste du droit : la norme est créée au moment de son application, donc après son interprétation, qui passe par le prisme des injonctions sociales dominantes, dans le sens où le juge en est le vecteur inconscient. Pour autant l'analyse formaliste du droit n'est pas dépourvue d'intérêt, mais nécessairement en tant que point de départ. Elle n'est, en effet, que le prélude de la norme³.

L'étude de l'article 334 n'est pas suffisante pour comprendre de manière systémique l'approche juridique des sexualités, ainsi cet article ne prétend qu'alimenter des propos plus généraux, comme ont pu l'être ceux de Daniel Borillo⁴, et doit être mis en parallèle avec

¹ Blanche Antoine-Georges, *Etudes pratiques sur le Code pénal*, tome 5, Cosse et Marchal, Paris, 1870, p. 148.

² A ce sujet voir les travaux de Régis Révenin, dont Révenin Régis, *Homosexualité et prostitution masculines à Paris (1870-1918)*, L'Harmattan, Paris, 2005.

³ Comme le développe Michel Troper, voir notamment Michel Troper, *La philosophie du droit*, 3^e édition, PUF, « Que sais-je », Paris, 2011.

⁴ Borillo Daniel, *Le droit des sexualités*, PUF, Les voies du droit, Paris, 2015.

d'autres études comme celle de Marcela Iacub sur l'article 330 du Code pénal qui incriminait l'outrage à la pudeur publique⁵.

L'article 334 du Code pénal de 1810 disposait :

Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans sera puni d'un emprisonnement de six mois à deux ans et d'une amende de 50 francs à 500 francs.

Si la prostitution ou la corruption a été excitée, favorisée ou facilitée par leur père, mère, tuteur ou autres personnes chargées de leur surveillance, la peine sera de deux ans à cinq ans d'emprisonnement et de 300 francs à mille francs d'amende.

Les différentes évolutions du texte ont ajouté des éléments sans clarifier la formulation opaque du premier alinéa de ce texte.

Quels sont le sens et le contexte de l'article 334 du Code pénal ? Pourquoi le législateur a-t-il volontairement entretenu un flou juridique ? Comment le juge a-t-il tracé les frontières du licite et de l'illicite en matière de sexualité des mineurs ? Que nous révèle cette jurisprudence sur l'approche de l'enfance par le tribunal ? Et des sexualités ?

La retenue et les circonvolutions utilisées dans les termes de la loi pour parler des sexualités, alors que le prérequis du droit contemporain exige des termes clairs et précis, illustre un fait : le législateur du 19^e siècle n'aime pas parler de sexe alors même qu'il s'agit *a priori* d'en protéger les enfants (I). Cette rédaction sibylline de l'article 334 du Code pénal laisse la place à un véritable imbroglio jurisprudentiel au sein duquel la place de l'enfant devant le tribunal est mise en retrait au profit d'un discours plus général sur les sexualités (II).

I- L'excitation des mineurs à la débauche, un flou juridique volontairement entretenu par le législateur

L'étude sémantique et exégétique du texte initial montre un décalage entre l'intention du législateur et le texte de la loi (A), dont les évolutions participent à la confusion (B), ce qui suscite des querelles doctrinales particulièrement fortes quant à l'interprétation de ce texte (C).

A) La rédaction initiale de l'article 334 entre clarté d'intention et traduction opaque.

⁵ Iacub Marcela, *Par le trou de la serrure, Histoire de la pudeur publique, 19^e-21^e siècles*, Fayard, Paris, 2008.

L'étude sémantique du texte se révèle pleine d'ambiguïté. L'article se situe dans le deuxième titre du Code pénal, à savoir les crimes et délits contre les particuliers, au sein du premier chapitre « Crimes et délits contre les personnes », plus précisément dans la section 4 « Attentats aux mœurs ». Cette section se situe à la suite des crimes capitaux, des blessures et coups volontaires et involontaires. Le texte affiche de prime abord qu'il s'agit bien d'un attentat aux mœurs. Or la catégorie juridique des « mœurs », dont le sens étymologique renvoie à la notion d'« habitude », est particulièrement floue car il s'agit d'un canal entre la norme juridique et la norme sociale. Le législateur ne définit pas cette catégorie, ce qui laisse une marge de manœuvre au fameux « bon sens commun », c'est-à-dire aux injonctions sociales dominantes, voire aux préjugés. Les textes qui précèdent ou suivent l'article 334 montrent que, dans cette section, sont incriminés les outrages publics à la pudeur, les viols et l'adultère. Autrement dit il est question de sexualités. Dans le Code pénal de 1810 le terme « mœurs » semble synonyme de sexualités. Ce parallèle peut se vérifier dans d'autres parties du Code. Ainsi l'article 287 dispose « Toute exposition ou distribution de chansons, pamphlets, figures ou images contraires aux bonnes mœurs, sera punie d'une amende de seize francs à 500 francs, d'un emprisonnement d'un mois à un an... », renvoyant ici en premier lieu à la pornographie ; de même l'article 477 prévoit la saisie et la confiscation « des écrits ou gravures contraires aux mœurs ». En matière de sexualités, la philosophie qui anime le Code pénal depuis la Révolution est d'être le moins interventionniste possible. Le législateur prétend ne pas vouloir confondre droit et morale, en rupture avec la logique d'Ancien-Régime qui, dans l'approche métaphysique du droit du *jusnaturalisme* classique, confondait ces notions avec la religion. Par ce droit qui se situe au carrefour du *jusnaturalisme* moderne et du positivisme légaliste, et qui se détache donc de la morale, l'approche juridique du 19^e siècle est particulièrement novatrice si on la compare aux droits d'autres pays européens⁶. Après la Révolution, le principe de liberté individuelle domine, ce qui implique *a priori* une liberté sexuelle. Or le droit pénal napoléonien ne renvoie pas pour autant à une libéralisation des mœurs. En effet, le législateur compte, à raison, sur les injonctions sociales pour contenir les comportements sexuels des individus, la sphère médicale pouvant jouer un rôle au moins aussi coercitif que la sphère judiciaire⁷. Le Code prétend ne plus définir ce que doit être la sexualité sur le fondement de deux principes qui peuvent paraître antinomiques. D'abord le législateur, en tant que garant des libertés individuelles, limite son

⁶ Lascoumes Pierre, Poncela Pierrette, Lenoel Pierre, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Hachette, Paris, 1989.

⁷ De nombreux auteurs traitent de cette question, mais les ouvrages de référence absolus sur le sujet sont les différents tomes de *l'Histoire de la sexualité* de Foucault, et notamment le premier Foucault Michel, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, tome 1, Gallimard, Paris, 1976.

intervention sur les sexualités des individus à ce qui porte atteinte à autrui et ce qui cause un scandale public. Ensuite le législateur, en tant que garant de la moralité publique, ne veut pas donner de publicité aux sexualités considérées comme déviantes en les entérinant par la loi, ce qui pourrait créer un scandale. La notion de scandale est donc au cœur du raisonnement. Tant que la déviance sexuelle est discrète, elle ne fait pas de scandale, elle ne trouble pas l'ordre public et le législateur refuse d'intervenir. A partir du moment où la déviance sexuelle devient visible, il y a un scandale et le législateur doit intervenir.

Selon une analyse littérale, le texte prévoit l'incrimination de « l'excitation » donc le fait de pousser, presser, animer, encourager à la débauche ou la corruption. Etymologiquement il s'agit de mettre en mouvement, animer quelque chose qui était immobile, en repos⁸. L'idée est donc celle de sexualités en sommeil qui seraient éveillées par le délinquant. Les autres actions incriminées sont le fait de « favoriser », à savoir aider, contribuer à la débauche ou à la corruption ou de « faciliter » donc rendre moins difficile, lever les barrières. Ainsi on voit que l'action incriminée implique chez l'auteur des comportements actifs mais dont l'importance semble variable. Entre celui qui rend moins difficiles les obstacles et celui qui pousse à la débauche, le texte permet d'englober une large palette de comportements. L'article 334 du Code pénal exige la condition d'habitude, donc de répétition des actions incriminées, ce qui ouvre de larges possibilités d'interprétation. L'habitude, est-ce exciter à la débauche un jeune plusieurs fois ou plusieurs jeunes une fois ou encore plusieurs jeunes plusieurs fois ? L'objet de l'action est « la débauche ». Au sens étymologique, il s'agit de détourner quelqu'un de la tâche donc d'une tâche, d'un travail. La débauche ne renvoie pas nécessairement aux sexualités mais peut viser un excès quelconque⁹. Néanmoins, dans le sens commun, cette notion renvoie le plus souvent à la déviance sexuelle, et plus spécifiquement à la prostitution, d'ailleurs dans la seconde partie de l'article 334, le texte n'utilise plus le terme de « débauche » mais évoque « la prostitution ou la corruption », indiquant ici que débauche et prostitution seraient synonymes. La « corruption » signifie « rompre » un ensemble, gâcher, détruire, altérer. Dans l'optique sexuelle, l'idée du péché semble surgir : la sexualité jette une tache sur l'individu. Le texte définit les personnes, objets de la protection : les mineurs. Le texte est non généré car ce sont les mineurs des deux sexes qui semblent protégés par l'article 334. La minorité étant fixée à 21 ans, la protection des individus s'étend jusqu'à cet âge.

⁸ <https://www.littre.org/definition/exciter>

⁹ <https://www.littre.org/definition/d%C3%A9bauche>

Cette analyse sémantique montre que le texte incrimine les individus qui ont une responsabilité dans la sexualité des mineurs, néanmoins les contours de cette responsabilité sexuelle restent particulièrement flous. Est-ce toute forme de sexualités que le législateur a souhaité incriminer ? Sont-ce uniquement certaines formes de sexualités comme les sexualités tarifées ? Est-ce dans ce cas le proxénète uniquement qui peut être incriminé ou le client également ? Si l'on se réfère aux autres articles du Code, on peut définir l'objet de l'incrimination par la négative : il ne s'agit ni du viol, en sachant que le viol n'est pas défini, ni d'un outrage public à la pudeur, encore une fois non défini. Donc, en schématisant et si l'on fait abstraction de l'absence de définition des autres incriminations, en intégrant l'article 334 dans l'ensemble de l'architecture pénale des attentats aux mœurs, cet article viserait les sexualités *a priori* consenties par les mineurs et réalisées dans un cadre privé, intime.

L'étude exégétique du texte, comprend celle de l'exposé des motifs et des débats législatifs.

Dans l'exposé des motifs, le législateur renvoie à Montesquieu. Il distingue le viol et l'enlèvement des autres « crimes de mœurs » qui doivent être traités comme des délits, plutôt que comme des crimes. Montesquieu justifie cette distinction par les motifs de l'auteur. Le crime serait le fruit de la méchanceté, tandis que ce qui se rapporte aux mœurs serait le fruit de l'oubli ou du mépris de soi-même¹⁰. Si l'on peut déplorer le côté caricatural de cette distinction quant à l'analyse psychologique de la déviance et de la criminalité, il n'en reste pas moins que le législateur de 1810 s'y réfère. Ce dernier distingue ainsi entre le crime de viol d'un côté et les autres attentats aux mœurs, dont l'excitation à la débauche. Ce qui est paradoxal, car si le violeur est « un méchant » comme le définit Montesquieu, pourquoi le proxénète ne le serait-il pas ? En quoi le proxénète serait davantage dans le mépris et l'oubli de lui-même que le violeur ? Le proxénète ne peut-il pas apparaître comme plus calculateur que le violeur ? Un peu plus loin dans l'exposé des motifs, le texte évoque « ce Code où l'on remarque partout le respect le plus religieux pour les mœurs », ce qui nuance ainsi la stricte séparation affichée entre droit, morale et religion. Concernant plus spécifiquement l'article 334, il est précisé que le Code prononce des peines de police correctionnelle contre les personnes convaincues d'avoir

¹⁰ Code pénal, édition conforme à l'édition originale du Bulletin des lois, précédé de l'exposé des motifs par les orateurs du Conseil d'Etat, sur chacune des lois qui composent ce code..., Belin, Paris, 1812, p. 96.

débauché ou corrompu la jeunesse¹¹. Le législateur renvoie à « l'ancienne loi »¹² donc *a priori* le décret des 19-22 juillet 1791, qui, dans son article 8 du titre II sur la police correctionnelle, incriminait le fait « d'avoir favorisé la débauche ou corrompu des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe »¹³ et dans son article 9 « Quant aux personnes qui auraient favorisé la débauche ou corrompu les jeunes gens de l'un ou l'autre sexe, elles seront outre l'amende, condamnées à une année de prison »¹⁴. Si ce dispositif législatif paraît tout aussi flou que l'article 334, le Directoire exécutif se montre nettement plus clair dans un message adressé au Conseil des Cinq-Cents, le 17 nivôse an IV « La loi du 19 juillet 1791 a classé au nombre des délits soumis à la police correctionnelle la corruption des jeunes gens de l'un ou de l'autre sexe, elle en a déterminé la peine ; mais cette disposition s'applique proprement au métier infâme de ces êtres affreux qui débauchent et prostituent la jeunesse¹⁵ ». Dans l'exposé des motifs de l'article 334, il est précisé que l'aggravation de la peine concernant la personne ayant autorité, c'est-à-dire les père et mère ou tuteurs..., a pour objectif de « venger les mœurs outragées par ceux qui devraient en être les plus fidèles gardiens »¹⁶. L'exposé des motifs n'est donc pas tellement plus clair sur la nature des actes sexuels, objet de l'incrimination.

A l'inverse les débats parlementaires sont sources de clarification. Ainsi lors de la présentation du projet de Code au Corps législatif, le bonapartiste Monseignat du Cluzel¹⁷, au nom de la Commission de législation civile et criminelle, déclare :

En nous occupant des attentats aux mœurs, comment ne pas signaler ces êtres qui ne vivent que pour et par la débauche, qui, rebut des deux sexes, se font un état de leur rapprochement mercenaire et spéculent sur l'âge, l'inexpérience de la misère, pour colporter le vice et alimenter la corruption. Des législations ne les ont punis que du mépris public, mais que peut le mépris sur des âmes aussi avilies ? Punit-on par l'infamie des personnes qui en font leur élément ? C'est par des châtimens, c'est par un emprisonnement et une amende que le projet de loi a cherché à atteindre ces artisans habituels de la prostitution¹⁸.

¹¹ *Ibid.*, p. 97.

¹² *Ibid.*

¹³ <https://criminocorpus.org/fr/reperes/legislation/textes-juridiques-lois-decre/textes-juridiques-relatifs-la-recidive/19-juillet-1791-decret-relatif-a-lorganisation-dune-police-municipale-et-correctionnelle/>

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Merlin Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tome 1, 4^e édition, « Bordel », Garnery, Paris, 1812-1825, p. 836.

¹⁶ *Code pénal, édition...*, p. 97.

¹⁷ La biographie de Félix-Hyppolyte-Fréjus Monseignat du Cluzel peut être consultée dans l'ouvrage de Robert Adolphe, Bourlonton Edgar, Cougny Gaston, *Dictionnaire des parlementaires français*, Bourlonton, Paris, 1891, p. 401.

¹⁸ Dalloz Edouard, Vergé Charles, Brésillion Louis, Lefort Joseph, *Jurisprudence générale de MM. Dalloz. Les codes annotés, Code pénal annoté*, Jurisprudence générale, Paris, 1881, p. 519.

Ce texte est une charge à l'encontre des proxénètes. Concernant les père, mère ou tuteur, Monseignat évoque « un infanticide moral »¹⁹. Le rapporteur semble justifier l'intervention de la loi, en renfort de la condamnation morale et sociale de ces individus, par la trop grande ignominie de ces derniers. Ainsi, l'analyse des propos du rapporteur renvoie directement au fait que les sexualités, dont la prostitution, relèvent normalement d'un domaine qui devrait échapper au contrôle du législateur. Néanmoins, le vice du proxénète serait tel que la réprobation sociale n'est pas suffisante pour canaliser ces individus ; le relais de la loi pénale est alors nécessaire. Ainsi la liberté sexuelle est la règle, l'interventionnisme étatique l'exception dans des cas particuliers et motivés, dans lesquels le législateur n'intervient qu'à regret. Pour autant il apparaît que le législateur a clairement voulu circonscrire l'article 334 au proxénétisme des mineurs. Pourquoi, alors que cette intention était claire, les termes de la loi sont-ils aussi flous et ambigus ? Est-ce par peur de références trop explicites dans le texte législatif ou est-ce pour déléguer la régulation des sexualités au juge pénal ?

B) Les évolutions de l'article 334 du Code pénal

Lors des débats parlementaires de la loi du 18 avril 1863, la Commission du corps législatif souligne les difficultés d'interprétation de l'article 334 en parlant de « défaut de précision »²⁰. Elle rappelle que l'exposé des motifs du Code pénal de 1810 révèle clairement l'intention du législateur qui n'a voulu punir que « le métier, la profession, le trafic habituel de la corruption »²¹.

Comment en effet assimiler l'action d'un homme qui, entraîné par la passion, séduit et corrompt une fille mineure, avec l'action du mercenaire qui se rend l'intermédiaire de la corruption et qui fait métier de colporter, à prix d'argent, des propositions honteuses et de livrer des victimes à la prostitution ? La passion a des limites que la corruption ne connaît pas, et la loi n'atteint pas tout ce que réprouve la morale. Qui pourrait méconnaître, d'ailleurs, les funestes conséquences d'une pareille incrimination ? Comment définir la séduction et la distinguer d'une foule de spéculations dont elle couvrirait le manège ? La vie privée serait livrée à la plus dangereuse inquisition, et le scandale des poursuites bouleverserait les familles et pervertirait les imaginations bien plus qu'il ne guérirait les mœurs²².

Aussi pour la Commission, l'excitation à la débauche n'est un délit que lorsqu'elle est imputable au proxénète en vue de la prostitution. La Commission veut circonscrire l'action de l'article 334 du Code pénal. Elle ne veut pas impliquer le client de la prostitution des mineurs.

¹⁹ Propos de Monseignat rapporté dans Chauveau Adolphe, Hélié Faustin, *Théorie du Code pénal*, tome 4, 3^e édition, Legrand et Descauriet, Paris, 1837-1842, p. 204.

²⁰ Dutruc Gustave, *Le code pénal modifié par la loi du 18 avril (13 mai) 1863*, Cosse et Marchal, Paris, 1863, p. 144.

²¹ *ibid.*

²² *ibid.*, p. 144-145

Elle ne veut pas non plus incriminer les relations sexuelles en général avec un mineur. Le viol commis sur un mineur de moins de 15 ans est un crime aggravé et un acte sexuel commis sur un mineur de moins de onze ans est considéré comme un attentat à la pudeur depuis 1832²³. Par contre au-delà de onze ans, la loi pénale n'incrimine plus, en tant que tel, le fait d'avoir des relations sexuelles avec un mineur. La loi de 1863, justement, va relever cet âge à treize ans²⁴. De manière générale, le refus d'une interprétation extensive de l'article 334 est justifié par la Commission par la crainte du scandale et par la volonté de protéger l'institution familiale. Il s'agit donc moins de protéger les libertés individuelles que la morale publique et, dans une certaine mesure, une forme de domination masculine. En effet, l'idée d'un instinct sexuel masculin irrépressible, d'une « passion » qui entraînerait l'homme à agir contre la morale est mise en avant pour justifier ses comportements sexuels. D'autre part la commission rappelle que, par principe, l'autorité publique doit limiter son intervention quant aux sexualités des individus, qui relèvent de l'intime, même si elles concernent des mineurs. Enfin le dernier argument mobilisé par la commission serait l'effet contre-productif d'une telle interprétation. Au lieu de lutter contre les mauvaises pratiques, les poursuites judiciaires donneraient une publicité à la déviance sexuelle et la favoriseraient au contraire. La Commission souhaite aussi préciser, clarifier la condition d'habitude requise par l'article 334 du Code pénal. L'habitude peut s'entendre du fait d'avoir tiré profit plusieurs fois de la prostitution d'une seule personne ou/et une fois de plusieurs personnes²⁵. Au-delà de ses propositions de clarification de la loi pénale, la commission propose une modification substantielle. Elle envisage de retirer l'exigence de la condition d'habitude pour les père ou mère ou tuteur : « nous n'hésitons pas à vous proposer sur ce point une modification qui mettra la loi d'accord avec la morale »²⁶. Le Conseil d'Etat valide cette nouvelle rédaction²⁷, mais devant la Chambre des députés, l'un d'eux, le député Nogent Saint-Laurens, avocat bonapartiste de centre droit²⁸, dénonce l'immoralité du projet de loi. Il milite pour la définition la plus large possible de l'excitation à la débauche afin d'incriminer plus largement le fait de sexualiser des mineurs. Il s'inscrit dans

²³ La loi du 28 avril 1832 introduit un âge limite en-dessous duquel il n'est pas possible d'avoir des relations sexuelles avec un mineur sous peine d'emprisonnement. Cet âge est fixé à onze ans, voir la loi en question dans Duvergier Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, tome 32, Sirey, Paris, 1832, p. 238.

²⁴ Dutruc, *op. cit.*

²⁵ Loqué Jean-Guillaume, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes français: tirés, savoir: le commentaire, des procès-verbaux du Conseil d'Etat, des exposés de motifs, discussions, rapports et discours faits ou prononcés ...*, Wahlen, Bruxelles, 1837, p. 428.

²⁶ Dutruc ..., *op. cit.*, p. 145.

²⁷ *Ibid.*, p. 432

²⁸ http://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/%28num_dept%29/9216

une approche doctrinale « chrétienne, morale, protectrice des pauvres familles ». Il prescrit de poursuivre « le libertinage habituel », et le client des prostituées mineurs. Il met en avant le fait que, contrairement à ce qu'affirme la Commission, le scandale serait de ne pas poursuivre de tels actes. Le scandale n'est pas, selon lui, de révéler au grand jour ces pratiques mais de les laisser se produire dans l'ombre. En outre il se montre plutôt mesuré et dénonce également la définition donnée par la Commission de la notion d'habitude. Il précise qu'il s'agit de faire la part des choses entre différentes situations et qu'il n'est pas question d'incriminer un homme qui aurait contracté une liaison illégitime avec une mineure. Il estime que c'est immoral mais que la loi n'a pas à intervenir. Par contre, le client de la prostitution est pour lui véritablement responsable de la prostitution des mineures : le proxénétisme n'en est que l'accessoire.

Je ne veux pas introduire dans la loi un puritanisme exagéré qui la rendrait impossible ; il y a des choses que la morale réprovoque et que la loi ne peut pas atteindre. Il faut tolérer les aventures, la galanterie, la séduction personnelle. Il y a une certaine légèreté de mœurs qui doit passer à travers la loi. Mais il y a aussi des marchés honteux que conclut un homme, non pas au profit de ses passions, ne profanons pas ce mot, il est impropre, mais au profit d'une débauche exclusivement et brutalement matérielle. Quand le magistrat rencontre cette débauche ainsi formulée, il doit avoir la puissance de l'arrêter au passage...²⁹.

Le député conclut au rejet de la modification de l'article 334 du Code pénal afin de permettre une interprétation large du texte par les magistrats. Dans sa circulaire du 30 mai 1863, le garde des sceaux précise que le législateur veut atteindre « le débauché lui-même lorsque les raffinements de son immoralité en ont fait l'instrument habituel de la corruption d'autrui, ou le complice du pourvoyeur de ses plaisirs coupables »³⁰.

Concrètement en 1863, le législateur modifie la portée téléologique de la loi. Celle-ci n'a plus pour objectif de lutter spécifiquement contre le proxénétisme, elle englobe, de manière tout aussi imprécise que précédemment, d'autres comportements sexuels, volontairement non définis. Le législateur demande au juge de le suppléer dans sa tâche afin de réguler les mœurs sexuelles des individus.

Le texte de l'article 334 sera, par la suite, modifié³¹. A l'initiative des mouvements abolitionnistes, la France a organisé à Paris en juillet 1902 la « Conférence internationale pour la répression de la traite des blanches³² » dans le but de préparer des traités internationaux et de

²⁹ Dutruc..., *op. cit.*, p. 146.

³⁰ *Ibid.*

³¹ Corbin Alain, *Les filles de noce, Misère sexuelle et prostitution aux XIX^e et XX^e siècles*, Aubier, collection historique, Paris, 1978, p. 405-412.

³² Le phénomène sera rebaptisé ensuite « traite des femmes », sur les enjeux de cette terminologie voir la thèse de Haïdar Salim, *La prostitution et la traite des femmes et des enfants*, thèse de droit sous la direction de Louis Hugueney, Faculté de droit de Paris, Paris, 1937, p. 232.

faire évoluer les législations nationales en vue de lutter contre le phénomène réel ou supposé³³ de la traite des femmes. A l'issue de cette conférence un projet de convention est élaboré³⁴ dont les principales dispositions ont été reprises dans la loi du 3 avril 1903 qui dispose :

Sera puni d'un emprisonnement de 6 mois à trois ans et d'une amende de 50 francs à cinq mille francs :

1° Quiconque aura attenté aux mœurs en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un et de l'autre sexe au-dessous de l'âge de 21 ans.

2° Quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura embauché, entraîné ou détourné, même avec son consentement, une femme ou fille mineure en vue de la débauche

3° Quiconque, pour satisfaire les passions d'autrui, aura, par fraude ou à l'aide de violences, menaces, abus d'autorité ou tout autre moyen de contrainte, embauché, entraîné ou détourné une femme ou fille majeure en vue de la débauche.

4° Quiconque aura, par les mêmes moyens, retenu contre son gré, même pour cause de dettes contractées, une personne, même majeure, dans une maison de débauche, ou l'aura contrainte à se livrer à la prostitution.

Si les délits ci-dessus ont été excités, favorisés ou facilités par les père, mère, tuteur, (...), la peine d'emprisonnement sera de trois à cinq ans. Ces peines seront prononcées alors même que les divers actes qui sont les éléments constitutifs des infractions auraient été accomplis dans des pays différents³⁵.

Le premier alinéa reprend la formulation traditionnelle de l'article 334, il ne précise pas l'incrimination, ni en ce qui concerne la condition d'habitude, ni pour la circonscrire quant aux faits incriminés. Les deuxième et troisième alinéas visent la traite. Il s'agit d'une approche genrée qui ne comprend comme victimes de la traite que des femmes. S'il s'agit d'une mineure, le proxénétisme est incriminé qu'elle soit consentante ou non ; s'il s'agit d'une majeure, le proxénétisme n'est incriminé que si la prostitution est contrainte. Cette dernière disposition a pour objectif de ne pas mettre à mal la réglementation de la prostitution qui implique une gestion de la prostitution d'autrui par une tenancière de maison de tolérance³⁶. Pour la première fois le législateur reconnaît officiellement l'existence de ces maisons, tout en prétendant moraliser les pratiques. En effet, les maisons closes mettaient en place un système de dettes. Les produits de consommation courante ou exceptionnels étaient en vente dans la maison au prix déterminé par la tenancière, ce qui était d'autant plus facile que la plupart des réglementations locales

³³ A ce sujet voir les développements de Corbin, *op. cit.*, l'étude de Chaumont Jean-Michel, *Le mythe de la traite des blanches, Enquête sur la fabrication d'un fléau*, La découverte, Paris, 2009 et mes propres travaux à ce sujet : Duffuler-Vialle Hélène, *La réglementation de la prostitution pendant l'entre-deux guerres, l'exemple du Nord de la France*, Mare et Martin, Paris, 2018, p. 487-524.

³⁴ <https://bibliotheque-numerique.diplomatie.gouv.fr/ark:/12148/bpt6k5613438g.textelimage>

³⁵ <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6251973c/>

³⁶ A ce sujet, voir les difficultés du représentant français pour justifier la politique réglementariste de la France devant le Comité d'experts de la traite de la Société des Nations, voir Duffuler-Vialle..., *op. cit.*, p. 51-57.

interdisaient aux « filles publiques » de sortir de la maison de tolérance sans autorisation. Les pensionnaires contractaient des dettes qu'elles ne pouvaient rembourser et qui les contraignaient à rester dans la maison jusqu'à épurement du passif³⁷. Le législateur intervient alors pour interdire cette pratique tout en officialisant implicitement le réglementarisme qui était alors dénoncé par les abolitionnistes comme illégal³⁸. Si le proxénétisme des mineures semble clairement réprimé à l'alinéa trois de l'article 334, le premier alinéa maintient un flou juridique quant aux contours licites ou illicites des sexualités des mineurs.

Avant les lois de Vichy, une dernière modification intervient, qui incrimine la tentative. La loi du 20 décembre 1922³⁹, inspirée de la Convention internationale de 1921⁴⁰, ajoute au paragraphe 4, un dernier alinéa « La tentative de ces délits sera punie des mêmes peines »⁴¹, ce qui ne modifie pas la substance de l'article 334.

Le législateur a ainsi volontairement refusé de définir précisément l'excitation de mineurs à la débauche et a confié ce soin au juge.

C) La querelle doctrinale autour de l'interprétation de l'article 334 du Code pénal

La doctrine pénaliste s'est déchirée sur la question de l'interprétation de l'article 334. D'un côté des juristes souhaitent une interprétation extensive de l'article et au contraire d'autres défendent une interprétation stricte. Ces pénalistes du 19^e siècle se réclament du positivisme légaliste.

Parmi les partisans d'une interprétation extensive, Antoine Blanche défend l'idée d'une interprétation la plus large possible. Pour cet auteur « exciter à la débauche » peut être réalisé pour son propre compte ou pour le compte d'autrui⁴². Il prétend que cette approche n'est pas *contra-legem* par une analyse plus que discutable des débats parlementaires. Il estime que les propos de Monseignat ne reproduisent pas toute la pensée du rapporteur et que, même si c'était le cas, ils ne signifient pas que ce soit le sentiment partagé par l'ensemble de la commission ni par l'ensemble de ceux qui ont voté la loi⁴³. Il souligne que le proxénétisme est bien plus grave

³⁷ Voir l'exemple de ces pratiques dans *Ibid.*, p. 345-346.

³⁸ *Ibid.*, p. 234-235

³⁹ <http://lexpol.cloud.pf/document.php?document=188417&deb=184&fin=184&titre=TG9pIGR1IDIwLzEyLzE5MjI=>

⁴⁰ <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19210044/index.html>

⁴¹ [Loi du 20 décembre 1922.](#)

⁴² Blanche..., *op. cit.*, p. 149

⁴³ *Ibid.*, p. 152

que la séduction personnelle mais que, comme la peine de l'article 334 est variable, la répression peut être pondérée en fonction des situations⁴⁴.

Toujours dans l'idée d'une interprétation extensive, le pénaliste René Garraud⁴⁵, notoirement conservateur, dans la mouvance de l'école française lyonnaise d'anthropologie criminelle de Lacassagne⁴⁶, défend l'idée selon laquelle, comme le proxénétisme n'est pas spécifiquement désigné par le texte, le fait de corrompre les mineurs doit être compris dans un sens plus large et impliquer tous les actes qui rendent possibles cette corruption. Il y aurait donc deux ordres de délits distincts : l'entremise dans la débauche, payée ou gratuite, et tout acte qui a pour objet de corrompre les mineurs, à l'exception de la séduction directe et personnelle. Ainsi sont concernés les intermédiaires de la corruption, même sans en recevoir des avantages matériels quelconques, les voyeurs et les exhibitionnistes, et, surtout, Garraud souhaite également que le champ d'application de la loi s'étende aux homosexuels. Garraud établit néanmoins une hiérarchie entre les faits de proxénétisme et les autres. Selon lui, la condition d'habitude devrait être requise pour la simple excitation à la corruption et non pour le proxénétisme qui pourrait être constitué dès les premiers faits. La condition d'habitude permet de protéger la famille du scandale, car si le fait est isolé, il ne doit pas être révélé. Par contre le scandale est constitué lorsqu'il ne s'agit plus d'un seul fait mais de faits répétés : l'autorité publique doit alors intervenir pour mettre fin au scandale. En ce qui concerne le proxénétisme, Garraud hiérarchise encore les situations en reconnaissant la gravité supérieure lorsqu'un ascendant ou un tuteur est concerné, mais il affine davantage cette hiérarchisation proposée par l'article en indiquant que le plus grave est le fait pour une mère de prostituer sa fille⁴⁷. Par ailleurs, selon Garraud, les seuls actes qui échappent à l'article 334 du Code pénal sont ceux qui relèvent de « la séduction directe et personnelle », définie comme « l'acte de celui qui fait succomber une fille mineure à ses désirs pour l'accomplissement d'un rapport naturel quoique illégitime »⁴⁸, autrement dit le fait d'avoir directement une relation sexuelle hétérosexuelle, et même plus explicitement une relation coïtale vaginale car il ne s'agirait pas, selon le pénaliste, de « couvrir les rapports antinaturels d'un individu avec des mineurs filles ou garçons »⁴⁹. En revanche, contrairement

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Jean-Louis Halpérin, « René Garraud (1849-1930) », *Criminocorpus [En ligne], Histoire de la criminologie, 1. La revue et ses hommes, mis en ligne le 01 janvier 2006, consulté le 09 juillet 2019.*

⁴⁶ Debuyst Christian, Digneffe Françoise, Pires Alvaro P., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tome 2 « la rationalité pénale et la naissance de la criminologie », Bruxelles, Larcier, 1998, p. 282.

⁴⁷ Garraud René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 5, 3^e édition, Recueil Sirey, Paris, 1924, p. 517-565.

⁴⁸ *Ibid.*, p.528

⁴⁹ *Ibid.*

au député Nogent, Garraud fait échapper le client de la prostitution hétérosexuelle à l'incrimination.

Les pénalistes Chauveau et Hélie, ainsi qu'Emile Garçon, sont au contraire partisans d'une interprétation plus restrictive. Ils écartent clairement la séduction personnelle et directe au motif que coucher avec un mineur ou tenter de coucher avec un mineur en lui proposant, ou non, de l'argent ne revient pas à favoriser la débauche mais à commettre un acte de débauche. Par contre l'intermédiaire, celui qui reçoit de l'argent pour mettre en relation la prostituée et le client, favorise la débauche. La condition d'habitude renvoie au métier de proxénète. La distinction entre celui qui a une relation sexuelle avec un mineur (que ce soit le client, ou l'amant) et le proxénète est ainsi clairement établie par les auteurs :

Le premier est un homme immoral, le second est un être infâme ; si l'un séduit, c'est pour lui-même, il est entraîné par ses passions ; l'autre n'a point de passions, il corrompt pour l'or ; c'est son commerce et sa profession ; le premier n'est qu'accidentellement débauché ; le second fait métier de séduire des jeunes filles pour les vendre à la débauche ; il fait plus, il excite les désirs du corrupteur, il flatte, il entretient les honteuses passions dont il vit⁵⁰.

Les pénalistes reconnaissent néanmoins que le dommage social est le même mais ils font remarquer que le dommage n'est pas le seul élément de la criminalité des actions. L'intention de l'auteur est fondamentale en droit pénal et même son objectif doit être pris en considération pour apprécier la faute. Les pénalistes dénoncent les risques d'étendre l'article à la séduction personnelle ; il s'agirait d'une intrusion de l'autorité publique dans la vie privée. Chauveau et Hélie défendent la liberté individuelle, qui comprend la liberté sexuelle des individus. Sous couvert de cette liberté sexuelle, ils défendent l'institution familiale. Face à ceux qui leur opposent le bon sens du ministère public, qui déciderait de poursuivre tel ou tel comportement en fonction des circonstances, les pénalistes dénoncent le risque d'arbitraire, car il serait alors possible d'incriminer les faits indistinctement en fonction du bon vouloir du juge. Ils font valoir que le juge serait tenté d'appliquer l'article 334 aux comportements sexuels qui susciteraient chez lui de la réprobation. Or, en bons défenseurs du positivisme légaliste, ils estiment que le juge ne doit pas faire office de législateur⁵¹.

Dans ce flou volontairement entretenu par le législateur, le juge pénal doit alors se prononcer et décider d'incriminer telle ou telle sexualité sans pouvoir s'appuyer véritablement sur le texte

⁵⁰ Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, *Théorie du Code pénal*, tome 4, 3^e édition, Legrand et Descauriel, Paris, 1852, p. 203-204.

⁵¹ *Ibid.*, p. 195-218.

législatif. Le juge est alors le vecteur inconscient des représentations dominantes de son époque car la loi lui laisse le choix d'intervenir ou non dans le domaine des sexualités des mineurs.

II- L'excitation de mineurs à la débauche, le pouvoir normatif du juge en matière de sexualité

Devant l'opacité volontaire de la loi, le juge est obligé de créer les conditions qui permettront l'application ou non de l'article 334 du Code pénal. Jusqu'en 1832, aucun texte autre que celui sur le viol ne permet d'incriminer les sexualités des mineurs, seul l'article 334 peut être invoqué (A). A partir de 1832, la loi permet d'incriminer la personne qui a des relations sexuelles avec un enfant de moins de 11 ans, ce qui impacte la jurisprudence, la faisant basculer dans un chaos jurisprudentiel (B). Enfin, à partir de 1863, le législateur ayant refusé de définir l'excitation à la débauche, le juge pénal se trouve véritablement livré à lui-même et en tension permanente entre le respect des libertés individuelles et la défense de la moralité publique (C).

A) Une interprétation extensive contra-*legem* de l'article 334

En 1813, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide de l'interprétation la plus large possible du texte. Toute forme de sexualité avec un mineur semble alors incriminée. La loi pénale est ici analysée comme protégeant les mineurs de la sexualité. Il revient aux majeurs de réprimer leurs pulsions sous peine de tomber sous le joug de la loi pénale. Cette position de la Cour de cassation, si elle s'appuie sur une analyse littérale du texte, méconnaît la portée téléologique que lui a donnée le législateur de 1810.

L'article 334 du Code pénal dispose d'une manière générale, qu'il punit, indistinctement, ceux qui trafiquent de la corruption de la jeunesse, qui l'excitent à la débauche et lui en facilitent les moyens, pour la livrer à la prostitution, et ceux qui, pour satisfaire leurs passions, attirent à eux des enfants mineurs et les rendent victimes de leurs propres dérèglements⁵².

La jurisprudence vise donc le proxénète et le séducteur. Mais le juge doit faire face à des paradoxes juridiques. En effet, dans le silence de la loi, des règlements municipaux ont autorisé l'inscription de mineures sur les registres de la prostitution. Plutôt que de déclarer ces arrêtés illégaux, directement ou indirectement par l'exception d'illégalité, le juge laisse un blanc-seing aux clients de filles publiques mineures, et par extension aux clients des mineures qui se prostituent. La question de l'exonération de responsabilité du proxénète de filles mineures inscrites sur les registres est alors discutée par la jurisprudence. Ainsi en 1826, en Bretagne, le cabaretier Jean Olaf⁵³ faisait venir dans son établissement, pour faire fructifier son commerce,

⁵²Cass. crim., 2 octobre 1813 cité par Blanche, *op. cit.*, p. 149

⁵³ Les noms des parties ont été systématiquement modifiés afin de garantir l'anonymat des personnes concernées.

des filles publiques inscrites sur le registre de la prostitution. Parmi elles, la fille Patan est mineure. Le tribunal correctionnel de Brest relaxe le prévenu au motif que comme la fille Patan était inscrite sur le registre de la prostitution, Jean Olaf pouvait donc légitimement croire qu'elle était majeure. Cette analyse est rejetée par la Chambre criminelle dans un arrêt du 17 novembre 1826. Dans son dispositif, le juge mobilise le texte de loi. Il casse le jugement au motif que l'exception invoquée n'existe pas dans la loi⁵⁴.

Si certains juges du fond tentent de limiter l'article 334 au proxénétisme, la Cour de cassation réaffirme en 1828 dans deux arrêts une interprétation extensive de l'article 334 au motif que la loi ne distinguerait pas entre proxénétisme et séduction personnelle, autrement dit le texte s'applique, que la personne détourne le mineur pour de l'argent ou pour satisfaire ses envies sexuelles⁵⁵.

La Cour de cassation se prononce en 1829 sur la question de l'habitude. Le fait de prostituer une seule personne suffit-il à mettre en œuvre l'article 334 ? Et le fait de séduire un seul mineur ? La Cour de cassation répond par l'affirmative.

Les faits dont la réunion constitue l'habitude doivent être considérés relativement à celui qui en est l'auteur, et non par rapport à ceux qui en ont été l'objet ; qu'il suit de là que des faits de corruption, répétés à différentes époques envers la même personne, peuvent caractériser l'excitation habituelle à la débauche⁵⁶.

Ainsi pour que la condition d'habitude soit établie, il faut qu'il y ait eu plusieurs actes, pas nécessairement plusieurs personnes, ce qui montre également une volonté d'étendre le champ d'application de la loi à toute forme de sexualisation des mineurs.

Cette approche souple de la condition d'habitude ne signifie pas pour autant que celle-ci ne soit pas nécessaire à l'application de la loi. Des juges du fond tentent ainsi de supprimer complètement cette condition en ce qui concerne les père et mère. Le fait de prostituer son enfant, même une seule fois, permettrait l'application de l'article 334. Mais la Cour de cassation rappelle les termes de la loi et exige la condition d'habitude même lorsqu'il s'agit des parents ou tuteurs⁵⁷.

⁵⁴ Ledru-Rollin, *Journal du palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, 1826, tome 20, 3^e édition, Patris, Paris, 1840, p. 936.

⁵⁵ Arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation des 10 et 18 avril 1828 : Sirey Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, tome 28, 1^{ère} partie « jurisprudence de la cour de cassation », Lachevardière, Paris, p. 385

⁵⁶ Arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1829, retranscrit par Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, Morin Achille, Godin Jules, Godin Paul-Antoine, *Jurisprudence criminelle du royaume*, Auguste Mie, Paris, 1829, p. 155-156.

⁵⁷ Cass crim, 11 septembre 1829, retranscrit par *Ibid.*, 326-329.

En 1830 la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme sa jurisprudence concernant l'interprétation extensive de l'article 334 et rappelle que les juges du fond ont le pouvoir souverain d'apprécier les faits et qu'ils peuvent appliquer l'article 334, qu'il s'agisse de proxénétisme ou de séduction personnelle⁵⁸.

De 1810 à 1830, le juge construit en marge de la loi une jurisprudence qui prescrit de préserver les mineurs de toute forme de sexualité. Pour le tribunal, l'enfant ne doit pas être sexualisé.

B) Le chaos jurisprudentiel, à la suite de la loi de 1832

En 1832, la loi pénale incrimine spécifiquement la séduction personnelle des enfants de moins de 11 ans⁵⁹. *A contrario* cela signifierait que le fait d'avoir des relations sexuelles avec des enfants de plus de 11 ans ne serait pas constitutif d'un délit. L'analyse possible de cette loi est de rappeler qu'en matière de sexualité la liberté est de mise et qu'à partir du moment où le partenaire sexuel a plus de 11 ans, le juge pénal n'aurait plus à intervenir, l'article 334 étant exclusivement réservé au proxénète.

La Cour de cassation analyse ainsi cette nouvelle architecture pénale dans un arrêt de la Chambre criminelle du 11 mai 1832. Le juge estime, dans un revirement de jurisprudence, que l'article 334 du Code pénal n'est applicable qu'au seul proxénète : « non pas pour satisfaire leur propre brutalité sensuelle, mais pour les plaisirs illicites des autres »⁶⁰.

Mais deux ans plus tard, en 1834, les juges sont confrontés à des faits qui ne peuvent être incriminés ni pour viol, ni pour outrage public à la pudeur, ni pour atteinte sexuelle, alors qu'ils estiment que le droit pénal doit les sanctionner. Ferpet, un mineur de la région d'Evreux, se rendait à de nombreuses reprises dans la chambre de sa belle-fille et la réveillait par des attouchements tout en essayant de la convaincre d'avoir des relations sexuelles avec lui en lui promettant des cadeaux et de l'argent. La jeune fille de 14 ans refusa. Cet arrêt pose de nombreuses questions et la première est de savoir si l'article 334 est applicable, étant donné que la jurisprudence depuis 1832 a limité l'application de l'article au proxénétisme. La chambre criminelle opère un nouveau revirement de jurisprudence et revient à sa position antérieure en affirmant que les juges du fond sont libres de décider, en fonction des faits, de l'application ou non de l'article 334.

⁵⁸ Cass crim, 29 janvier 1830, retranscrit par Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, Morin Achille, Godin Jules, Godin Paul-Antoine, Sauvel Edouard, *Jurisprudence criminelle du royaume*, Auguste Mie, Paris, 1830, p. 140.

⁵⁹ Voir *infra* note 23.

⁶⁰ Cass. Crim., 11 mai 1832, cité par Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, *Théorie... op. cit*, p. 206-207.

Attendu que les termes de l'article 334 sont généraux et, que la loi n'ayant pas défini les caractères de l'excitation à la corruption et à la débauche, il appartient aux magistrats, appelés à se prononcer sur ces faits, de déclarer s'ils constituent, par leur réitération, la débauche de la jeunesse⁶¹.

En outre, la seconde question est de savoir s'il est nécessaire que le ou la mineur ait été corrompu.e ou non. En d'autres termes, l'excitation à la débauche peut-elle être caractérisée si la jeune fille est restée vierge ? L'excitation à la débauche est-elle une infraction formelle ou une infraction de résultat ? Le délit peut-il être caractérisé même si la jeune fille n'a pas été « corrompue » ? Ferpet avait invoqué ce moyen « tiré de la fausse application de l'article 334 du Code pénal, en ce que la jeune fille, objet des attouchements du prévenu, serait restée pure et n'aurait pas été débauchée⁶²» mais la Cour de cassation invalide ce raisonnement au motif que la loi ne punit pas l'acte de corruption mais le fait de vouloir corrompre⁶³.

Cette nouvelle interprétation extensive de l'article 334 du Code pénal, non limité au proxénétisme, est confirmée dans un arrêt des chambres réunies en 1838. Un homme, Faget, avait eu pendant sept mois des relations sexuelles avec Anette Bar, une enfant de 11 ans, donc non protégée par la loi de 1832. Le tribunal correctionnel de Chateauroux avait, en appel, écarté les dispositions de l'article 334 en invoquant le fait qu'il ne s'agissait pas de proxénétisme mais de séduction personnelle. La chambre criminelle avait alors cassé le jugement au motif que l'article 334 incluait également la séduction personnelle. La Cour d'appel de Bourges avait alors été saisie sur renvoi et avait résisté à la Cour de cassation. Elle soulignait l'« immoralité profonde » de Faget mais d'une part la Cour estimait que la condition d'habitude n'était pas réalisée car les faits n'avaient été commis qu'envers une seule personne, d'autre part elle rappelait que l'article 334 n'était censé viser que le proxénétisme et qu'

Interpréter autrement cet article, ce serait ouvrir funestement aux magistrats la voie de l'arbitraire, en les affranchissant de l'obligation qui leur est imposée de se renfermer dans les dispositions rigoureuses de la loi, et donner lieu à une sorte d'inquisition sur la vie intérieure et privée des citoyens⁶⁴.

La Cour d'appel se dressait ainsi face à la Cour de cassation pour rappeler au juge pénal sa place de « bouche de la loi », les grands principes du droit pénal pour prévenir l'arbitraire, et la liberté individuelle qui incluait la liberté sexuelle, sauf à ce que la loi en décidât autrement. Les chambres réunies statuent alors sur l'affaire Faget. Le procureur général Dupin rappelle les

⁶¹ Cass. Crim., 5 juillet 1834, retranscrit dans Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, Morin Achille, Godin Jules, Godin Paul-Antoine, Sauvel Edouard, *Jurisprudence criminelle du royaume*, Auguste Mie, Paris, 1834, p. 233-234.

⁶² *Ibid.*

⁶³ *Ibid.*

⁶⁴ Ledru-Rollin Philippe, Cuenot Stephan, *Journal du Palais. Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, 3^e édition, Lange-Levy, Paris, 1838, p. 54-57.

conditions ordinaires d'interprétation de la loi pénale. D'abord le juge doit se référer au texte littéral, puis à l'architecture législative et à ses motifs, et aux débats qui incluent à la fois les débats parlementaires, les observations des tribunaux, les discours officiels, les comparaisons avec la législation antérieure et enfin l'abscons « esprit de la loi ». Le procureur se livre alors à cette analyse et conclut qu'il faut rejeter le pourvoi car la loi ne vise que le proxénétisme. La Cour adopte néanmoins un raisonnement très différent. Elle rejette le pourvoi mais elle interprète l'article 334 comme étant applicable à la fois au proxénète et au séducteur, tout en estimant que la condition d'habitude n'est pas réalisée car elle implique une pluralité de victimes⁶⁵. Or, ici, une seule enfant est concernée. Ce n'est plus la pluralité d'actes qui caractérise l'habitude, ce qui constitue un nouveau revirement de jurisprudence. En outre, dans le dispositif, les chambres réunies de la Cour de cassation créent une nouvelle distinction quant à la condition d'habitude qui ne serait pas exigée pour les père et mère. La Cour de cassation est ici en roue libre par rapport au texte pénal et ce malgré les résistances des juges du fond et les analyses du procureur de la République.

Cette jurisprudence de la Cour de cassation est constante de 1838 à 1840 comme l'illustrent de nombreux arrêts⁶⁶.

Néanmoins, en 1840, les chambres de la Cour de cassation sont à nouveau réunies quant à l'interprétation de l'article 334 du Code pénal à l'issue d'un nouveau feuillet judiciaire. Christophe Arpaud avait l'habitude d'avoir des relations sexuelles avec des jeunes filles mineures. Il est poursuivi devant le tribunal de première instance de Jonzac qui le renvoie devant un tribunal correctionnel où il est condamné pour excitation à la débauche. Il fait appel, le tribunal supérieur de Saintes infirme le jugement en estimant que l'article 334 ne s'applique qu'au proxénète. La chambre criminelle de la Cour de cassation, appliquant la jurisprudence des chambres réunies de 1838, casse l'arrêt en affirmant que l'article 334 s'applique au proxénétisme et à la séduction personnelle. L'affaire est renvoyée devant la Cour royale de Poitiers⁶⁷. Celle-ci résiste à la Cour de cassation et refuse d'appliquer l'article 334 à Christophe Arpaud. Le procureur interjette alors un pourvoi devant les chambres réunies. Le procureur général Dupin intervient à nouveau. Dans un spectaculaire revirement de jurisprudence, les

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Cass crim, 17 octobre 1838 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1838, p. 489-490 ; Cass. crim., 2 août 1839 cité par Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, *Théorie... op. cit.*, p. 206 et Cass. crim., et 31 janvier 1840 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1840, p. 46-47.

⁶⁷ *Recueil général des lois et des arrêts*, Sirey, Paris, 1840, p. 180.

chambres réunies limitent alors l'application de l'article 334 au seul proxénète en invoquant l'architecture du Code pénal :

Attendu que la section IV, titre II, livre III du Code pénal qui définit et punit les diverses sortes d'attentats aux mœurs, classe ces attentats d'après leur nature et leur gravité ; que par les articles 330, 331 et 332 ce Code punit les simples outrages à la pudeur lorsqu'ils sont publics, les attentats sans violence sur un enfant âgé de moins de 11 ans, ceux consommés ou tentés avec violence sur toute personne et enfin le viol (...) Attendu qu'après s'être occupé de la répression de ces divers genres d'attentats, le législateur a prononcé des peines contre ceux qui se livrent à l'infâme métier de la prostitution, que, par le paragraphe 334, il punit quiconque a attenté aux mœurs, en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse, de l'un ou l'autre sexe, au-dessous de l'âge de 21 ans ; qu'il ne pouvait mieux indiquer le proxénétisme qu'en le caractérisant, comme il l'a fait, d'attentat aux mœurs, commis en excitant, favorisant ou facilitant habituellement la débauche ou la corruption ; qu'ainsi interprété, l'article 334 forme, avec les articles précédents, un système de répression, qui se lie, s'enchaîne, en embrassant les divers attentats, que le législateur a eu en vue de réprimer et qu'il n'a pas voulu confondre⁶⁸.

De 1840 à 1854, l'interprétation restreinte de l'article 334 du Code pénal, réaffirmée par un arrêt des chambres réunies du 19 mai 1841⁶⁹, est systématiquement retenue par la Chambre criminelle de la Cour de cassation qui sanctionne les interprétations contraires des juges du fond⁷⁰. Les nombreux arrêts en cassation montrent une certaine résistance face à cette jurisprudence de la part des juges du fond qui continuent à vouloir intervenir sur les sexualités. Tel est le cas par exemple de la Cour d'appel d'Angers le 1^{er} septembre 1851, qui tente d'incriminer spécifiquement la sexualité homosexuelle en distinguant la sexualité hétérosexuelle soit exclusivement un coït vaginal, qui n'entrerait pas dans le champ d'application, des « actes contre nature »⁷¹. Pendant ces années-là les oscillations jurisprudentielles de la Cour de cassation portent surtout sur la condition d'habitude. En 1844, il est rappelé que la pluralité de victimes est exigée⁷², et il est précisé en 1848 que cette pluralité de victimes est requise même lorsqu'il s'agit des parents, tuteurs ou personne ayant autorité. Dans cet arrêt, une femme avait prostitué une fois sa jeune domestique en Bretagne, l'application de l'article 334 a alors été écartée⁷³. Il s'agit de l'interprétation la plus restrictive possible de l'article 334 : cet article ne concerne que le proxénétisme, et encore faut-il qu'il y

⁶⁸ *Bulletin des arrêts : Chambre criminelle 1840*, Volume 45, Imprimerie royale, Paris, 1841, p. 243.

⁶⁹ *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1841, p. 239-240.

⁷⁰ De très nombreux arrêts illustrent cette interprétation restreinte : Cass crim 26 novembre 1840, 7 janvier 1841, 11 juin 1841, 16 juillet 1841, 5 août 1841, 19 février 1842, 29 avril 1842, 14 mai 1842, 1^{er} juin 1844, 19 février 1846, 12 mai 1848, 28 juillet 1848, 20 septembre 1850, 24 mars 1853, 19 août 1853, Ces arrêts sont cités par Blanche..., *op. cit.*, p. 153-154, et Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, *Théorie... op. cit.*, p. 212.

⁷¹ Cour d'appel d'Angers, 1^{er} septembre 1851, cité par Boninci Marc, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, Paris, 2005, p. 178.

⁷² Blanche, *op. cit.*, p. 154

⁷³ *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1848, p. 111-112.

ait eu plusieurs victimes pour que le délit soit caractérisé. Pour le reste le juge pénal estime que la sexualité des mineurs ne le regarde pas.

En 1855, la chambre criminelle de la Cour de cassation opère un nouveau revirement de jurisprudence. Dans un village vendéen, la femme Voilin avait une fille, Philomène, âgée de 13 ans. Elle recevait son amant Charponneau dans le lit qu'elle partageait avec sa fille. Le couple couchait ensemble devant l'adolescente et Charponneau eut, dans un second temps, des relations sexuelles avec l'enfant. Pour les relations sexuelles directes qui relevaient donc de la séduction personnelle, la Cour de cassation écarte l'article 334 mais pour les relations sexuelles réalisées devant l'adolescente, Charponneau est condamné pour excitation de mineure à la débauche. La Cour estime que coucher avec sa concubine devant la jeune fille était un acte réalisé dans le but de l'inciter à avoir des relations sexuelles avec lui. Il voulait donc la corrompre. Ici il ne s'agit pas de proxénétisme, ni même de prostitution, mais la Cour de cassation estime qu'il y a eu excitation à la débauche et condamne Charbonneau en application de l'article 334 du Code pénal⁷⁴.

Un an après, les chambres réunies de la Cour de cassation reviennent sur cette jurisprudence et rappellent que la séduction personnelle directe ne permet pas l'application de l'article 334. Ainsi coucher directement avec des jeunes filles mineures même de 12 et 13 ans, est toléré par la loi. Pour autant, la Cour de cassation ne limite pas l'application de l'article 334 au seul proxénète. Il ne s'agit plus d'une interprétation stricte de la loi car il est précisé que d'autres faits, souverainement appréciés par les juges du fond, peuvent tomber sous le joug de l'article 334 à condition qu'il ne s'agisse pas de séduction directe et personnelle. La chambre criminelle précise qu'il peut s'agir de « tous les actes sans distinction ayant pour résultat d'aplanir aux mineurs la vie de débauche »⁷⁵.

En avril 1855, la Cour de cassation clarifie sa jurisprudence. Pour mettre en œuvre l'article 334 du Code pénal, il faut qu'il y ait un intermédiaire de la débauche : quelqu'un qui n'a pas de relations sexuelles directement avec le ou la mineur mais qui organise celle-ci, peu importe que l'objectif ne soit pas financier. Ainsi l'article 334 ne concerne pas que le proxénétisme, mais tout intermédiaire dont l'action contribue à sexualiser des mineurs. Par exemple Rob, qui n'est

⁷⁴ Cass. Crim., 27 avril 1854 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1854, p. 211-212.

⁷⁵ Cass. crim., 1^{er} mai 1854 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1854, p. 227-228.

pourtant pas un proxénète, est condamné par la Cour impériale de Paris, arrêt confirmé par la Cour de cassation :

Attendu que, s'il n'est point constaté que Rob ait reçu aucun salaire pour se livrer à ses actes honteux, cette circonstance n'est pas nécessaire pour justifier l'application de l'article 334. Le délit résulte de la seule intervention d'un tiers pour servir la passion d'autrui, quel que soit le mobile de cette intervention et lors même qu'un vil trafic y serait étranger⁷⁶.

Mais qu'en est-il si l'intermédiaire a lui-même des relations sexuelles avec les mineurs qu'il veut corrompre, s'il participe directement à la débauche en question ? En Picardie, Forbet attirait habituellement chez lui un certain nombre de jeunes garçons, qu'il n'hésitait pas à masturber les uns après les autres et les uns devant les autres, tout en leur tenant des propos salaces. La Cour d'appel d'Amiens retient l'article 334 au motif que

Des rapprochements, opérés entre le demandeur et les jeunes gens mineurs, dont il s'agit, des actes réitérés de débauche, qu'il a accomplis sur leurs personnes, de cette volonté calculée, d'offrir en spectacle, les uns aux autres, ceux qui devenaient les instruments de sa dépravation, résulte l'excitation habituelle à la débauche la plus funeste et la plus dangereuse (...) on ne saurait reconnaître le caractère de la séduction personnelle et directe, sur laquelle la loi, par une sage et prudente réserve, a voulu jeter un voile ; qu'elles constituent au plus haut degré, la provocation à la débauche ; que réunir de jeunes mineurs, pour les rendre témoins d'attouchements impurs, opérés sur quelques-uns d'eux, c'est non seulement les corrompre, mais encore, par le fait, s'associer, comme agents de corruption, ceux sur lesquels ces attouchements ont été pratiqués, que des faits de cette nature ne sauraient perdre leur gravité, ni leur caractère de délit, parce que leur auteur poursuit personnellement la satisfaction de ses goûts désordonnés et qu'il n'y rattache pas l'intérêt d'un vil trafic⁷⁷.

Les derniers arrêts commentés concernent donc des scènes sexuelles avec plusieurs mineurs en même temps, élément pris en compte pour retenir l'excitation à la débauche. Mais qu'en est-il s'il n'y a qu'un mineur ?

Dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 13 novembre 1856, Sorbet, contre-maître chargé de la surveillance des ouvriers et ouvrières de la filature Renault-Lohoreau à Angers, appelait près de lui alternativement des filles de 11 à 13 ans, devant lesquels il se déshabillait et sur lesquelles il se livrait à des attouchements. Le paradoxe est qu'il n'est pas condamné pour les attouchements, qui semblent tolérés par la loi pénale, mais pour son impudicité.

En dehors des attouchements déshonnêtes que Sorbet a pu commettre sur plusieurs jeunes filles attachées à son atelier, et qu'il appelait séparément, ledit Sorbet se livrait sur sa propre personne à des actes d'impudicité, en présence de chacune des jeunes filles, qu'il attirait ainsi près de lui

⁷⁶ Cass. crim., 21 avril 1855 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1855, p. 234-235.

⁷⁷ Cass. crim., 10 janvier 1856 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1856, p. 19-21.

et cela dans le but de corrompre la jeune imagination de ces enfants et de les exciter à la débauche⁷⁸.

L'application de l'article 334 du Code pénal semble alors exponentielle. En 1859, plusieurs mineurs ont payé la femme Lescoux, fille publique, pour avoir des relations sexuelles avec chacun d'eux devant les autres. La Cour d'appel de Bordeaux refuse de condamner la femme au motif que d'une part le texte vise le proxénète ou au moins l'intermédiaire de la corruption mais pas le partenaire direct de la débauche, que les mineurs en question étaient à l'initiative des passes et que la fille publique ne voulait pas corrompre la jeunesse mais simplement exercer son métier, mais la Cour de cassation casse l'arrêt au motifs qu'

Elle se rendait l'instrument volontaire de la corruption et de la débauche de ceux, à qui elle se prostituait, le fait seul, qu'elle donnait volontairement et sciemment à des mineurs le spectacle de pareilles scènes d'impudicité, impliquait virtuellement, et par la nature même des choses, une corruption et une excitation de ces jeunes gens à la débauche (...) La généralité des termes de l'article 334 permet de rechercher si en dehors des cas de proxénétisme, les circonstances particulières de la cause ne sont pas de nature à soumettre le fait de la prévention à la pénalité qu'il prononce ; et attendu sur ce point qu'on assimilerait difficilement à l'exception [la séduction personnelle, pour assouvir ses propres passions] dont il vient d'être parlé, l'action d'une fille publique qui se livre, pour de l'argent, et qui voudrait puiser dans la tolérance qu'obtient l'exercice de son honteux métier une sorte de droit d'initier impunément, pour un vil salaire, à la corruption et à la débauche des mineurs, même des enfants, dès qu'ils auraient dépassé l'âge de onze ans⁷⁹.

Le paradoxe est ici complet. Alors qu'initialement il s'agit d'incriminer les proxénètes, l'article 334 devient un outil de répression à l'encontre des femmes qui se prostituent.

Entre 1830 et 1863, on assiste à un véritable chaos jurisprudentiel. La loi de 1832 qui incrimine la sexualité des mineurs de moins de 11 ans permet initialement de revenir à une interprétation stricte de l'article 334 et n'incrimine que le proxénète. Mais deux ans plus tard, la Cour de cassation étend le champ d'application de l'article 334. Le juge intervient de nouveau pour délimiter les contours du licite et de l'illicite jusqu'en 1840 où la Cour de cassation revient à une interprétation stricte. L'article 334 est appliqué au seul proxénète jusqu'en 1855, date à laquelle la Cour de cassation étend de nouveau timidement l'interprétation de l'article 334. En 1863, le juge se sent clairement investi de son rôle de garant de la morale sexuelle des mineurs.

C) Le chaos jurisprudentiel après le refus de clarification de la loi de 1863

⁷⁸Cass. crim., 13 novembre 1956, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1856, p. 556-559.

⁷⁹Cass. crim., 7 juillet 1859 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1859, p. 285-287.

En 1863, alors que certains députés veulent préciser le champ d'application de l'article 334, la clarification ne se fera ni dans un sens restrictif, ni dans un sens plus large ; les débats montrent que le législateur laisse le juge seul maître des contours de l'excitation de mineurs à la débauche. Le législateur donne tout pouvoir au juge pour ce qui relève de la moralisation de la jeunesse mais, face à ce pouvoir, le juge de cassation ne souscrit pas à ce rôle que le législateur veut lui faire endosser et auto-réprime son pouvoir de censeur des comportements sexuels.

Face aux tentatives de certains juges du fond d'incriminer toute forme de sexualité avec des mineurs, le juge de cassation précise :

Le législateur n'a point entendu renverser la jurisprudence qui place en-dehors de l'article 334 l'excitation à la débauche commise dans l'intérêt des passions personnelles du corrupteur ; mais que le rejet de l'amendement de la Commission a eu seulement pour objet de maintenir les exceptions apportées à cette règle par la jurisprudence elle-même au cas où les actes de séduction personnelle se compliquent d'éléments particuliers de nature à être incriminés⁸⁰.

Or il s'agit d'une interprétation libre du rejet de l'amendement car en réalité le député Nogent voulait incriminer le client de la prostitution. La Cour de cassation pose des limites : la définition extensive de l'article 334 doit s'arrêter là.

Néanmoins, malgré cette tentative de cadrage, la position stricte de la Cour de cassation ne tient pas longtemps, les juges continuent à tracer les frontières du licite et de l'illicite. Ainsi la chambre criminelle admet qu'Emile Joseph Fermont, majeur, qui s'est masturbé devant de jeunes garçons mineurs, en région parisienne, sans pour autant les toucher mais en leur faisant des propositions sexuelles, est condamnable en application de l'article 334 du Code pénal⁸¹.

De même Pigaud et Berné, qui partageaient la même chambre dans une maison à Narbonne et qui ont amené deux jeunes filles dans leur chambre. Chaque couple a alors eu successivement des relations sexuelles devant l'autre couple. Les deux hommes sont condamnés en application de l'article 334. Encore une fois ce n'est pas le fait de coucher directement avec une mineure qui est incriminé, mais ce qui dérange les juges est l'aspect pluriel de la sexualité des mineures⁸².

Concrètement en fonction des situations plus ou moins choquantes selon des perceptions qui relèvent davantage de l'émotion que du raisonnement juridique, les juges invoquent ou non

⁸⁰ Cass, crim, 21 août 1863 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1863, p. 382-383.

⁸¹ Cass crim, 12 janvier 1867 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1867, p. 11-12.

⁸² Cass. crim., 19 décembre 1868 : *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1868, p. 460.

l'article 334 du Code pénal. Les vannes sont ouvertes et les juridictions du fond incriminent les formes de sexualité qu'elles considèrent comme déviantes. En 1871, telle Cour étend l'application de l'article 334 du Code pénal à la vente d'images pornographiques à des mineurs avant que loi du 16 mars 1898 n'incrimine spécifiquement ce fait⁸³. La Cour d'appel d'Aix condamne un propriétaire qui loue une chambre à un locataire qui amène une fille mineure. Une mère qui incite sa fille à vivre en concubinage avec son amant est condamné également selon la Cour d'appel de Bastia, arrêt confirmé par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁸⁴.

Certaines cours sont également tentées d'incriminer l'homosexualité. Elles se fondent sur l'idée que la séduction directe et personnelle, en vue de rapports naturels avec un mineur ou une mineure, même si elle est habituelle et s'est exercée sur plusieurs personnes, ne saurait constituer le délit d'excitation de mineurs à la débauche⁸⁵. *A contrario*, à partir du moment où les rapports ne sont plus naturels, à savoir s'il ne s'agit pas d'un coït vaginal, le juge du fond est alors libre de qualifier les faits et de retenir ou non l'article 334 du Code pénal. Cette jurisprudence peut permettre la répression de la sexualité homosexuelle qui serait incriminée alors que la sexualité hétérosexuelle non. En 1905, la cour d'appel de Bourges a, le 26 janvier, condamné Sinomin en application de l'article 334, pour avoir eu des relations homosexuelles avec des mineurs de 18 ans. Le fait est que ces relations sexuelles avaient eu lieu simultanément, aussi la Cour d'appel aurait pu se fonder sur cet aspect pour caractériser le délit d'excitation à la débauche, mais elle s'est fondée sur le fait qu'il ne s'agissait pas de « passions naturelles ».

L'immoralité de l'acte contre nature, qui a perverti la pensée et la conscience du mineur, est compliquée par un élément étranger à la passion naturelle d'un sexe pour l'autre et aux mouvements physiologiques de l'être humain (...) les actes contre nature, lorsqu'ils sont commis contre des mineurs, sont avant tout des actes de perversion, qui ont pour conséquence la dépravation et l'excitation à la débauche de la victime de leur auteur, et font de ce dernier un agent de la corruption⁸⁶.

La cour de cassation casse l'arrêt d'appel le 9 mars 1905⁸⁷, mettant un frein à cette discrimination jurisprudentielle entre sexualité homosexuelle et hétérosexuelle. Néanmoins bon nombre de juges du fond, comme par exemple le tribunal correctionnel de la Seine, n'hésitent pas à qualifier d'excitation à la débauche les actes d'homosexualité avec des mineurs de moins

⁸³ CA Angers 27 octobre 1871 : Sirey Jean-Batiste, *Recueil général des lois et arrêts*, Bureau de l'administration du recueil, Paris, 1871, p. 276.

⁸⁴ Garraud, ..., *op. cit.*, p. 536

⁸⁵ *Ibid.*, p. 528-529.

⁸⁶ Cour d'appel de Bourges, 26 janvier 1905, sur cet arrêt voir les analyse de Buisson-Fenet, Hélène. « Le juge, le docteur et l'inverti », *Vacarme*, vol. 3, no. 3, 1997, p. 54-54 et Boninci Marc, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, Paris, 2005, p. 179.

⁸⁷ Cass, crim, 9 mars 1905, *Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle*, 1905, p. 175.

de 21 ans⁸⁸. De manière générale, certains juges du fond se servent de l'article 334 du Code pénal pour incriminer tout ce qui ne relève pas de la sexualité calquée sur celle autorisée dans le cadre du mariage et à destination procréatrice, à savoir le coït vaginal.

La cour de cassation, dans deux arrêts de la Chambre criminelle des 30 janvier et 24 juillet 1937, se montre très ferme et casse les décisions des juges du fond qui incriminaient la sexualité homosexuelle en elle-même⁸⁹.

Cette jurisprudence jugée laxiste par certains pénalistes inspira le rapport Médan, et donc la loi de 1942, qui permit la pénalisation de l'homosexualité dans une approche discriminatoire des sexualités⁹⁰.

L'analyse de l'article 334 se révèle particulièrement riche. D'abord les principes de libertés individuelles et de libertés sexuelles du 19^e siècle n'ont été que théoriques, ce qui apparaît dans l'analyse formaliste de la loi. En outre, comme le rappellent systématiquement la doctrine, le législateur et dans une moindre mesure la jurisprudence, il s'agit moins de défendre la liberté sexuelle que l'institution familiale en refusant de porter atteinte, par des procès, à l'honneur des familles. Le législateur affirme ne limiter l'article 334 qu'à un cas très précis : celui du proxénétisme, mais en même temps, dans la rédaction de la loi, les termes choisis sont particulièrement obscurs. A l'instar de la régulation de la prostitution qui a été déléguée à l'autorité publique locale, le législateur a voulu déléguer le contrôle des sexualités aux juges. Les différentes réformes législatives ont confirmé que le législateur ne tenait pas à se saisir du sujet et au contraire voulait laisser tout pouvoir en cette matière au juge pénal, malgré l'insécurité juridique dans laquelle se trouvaient les justiciables du fait de l'imprévisibilité de la jurisprudence. Face au très grand pouvoir qui lui était laissé, la Cour de cassation a néanmoins ponctuellement rejeté ce rôle de censeur, et refusé notamment de distinguer entre homosexualité et hétérosexualité. Elle a également refusé d'incriminer toute forme de sexualité des mineurs. Face à cette résistance partielle des juges, les lois de Vichy sont venues redessiner les frontières du licite et de l'illicite entre les sexualités.

Par ailleurs la construction du raisonnement judiciaire quant à l'article 334 est particulièrement intéressante. Il n'est jamais question de l'enfant, mais de sexualités. Dans la sexualité des enfants, ce qui intéresse le juge est de moraliser la sexualité et non de protéger l'enfant. La

⁸⁸ Tribunal correctionnel de la Seine, 11 janvier 1912 et 26 février 1932, cité par Boninchi..., *op. cit.*, p. 180.

⁸⁹ Cité par Boninchi, *ibid.*

⁹⁰ A ce sujet, voir les travaux de Marc Boninchi : Boninchi..., *op. cit.*, p. 174-193.

minorité n'est qu'un prétexte pour poser des règles en matière sexuelle. En effet, comme le soulignent les pénalistes, le dommage est indifférent, c'est le comportement du délinquant qui intéresse le juge. Le raisonnement juridique ne porte jamais sur les conséquences du délit sur l'enfant.

Enfin, cette analyse de l'article 334 du Code pénal conforte parfaitement la théorie réaliste de l'interprétation, développée par le professeur de droit public et philosophe du droit Michel Troper⁹¹. En effet l'interprétation réalisée par le juge n'est pas un choix mais une décision, que le juge dissimule en invoquant la loi. Le juge est ici clairement un législateur. Le raisonnement du juge est empreint d'émotion et le justiciable se trouve dans une situation d'insécurité juridique totale, vu que le juge crée la loi au moment où il l'applique, comme le montrent le chaos jurisprudentiel de l'application de l'article 334 et les fictions juridiques mobilisées pour justifier les décisions.

Bibliographie indicative :

Blanche Antoine-Georges, *Études pratiques sur le Code pénal*, tome 5, Cosse et Marchal, Paris, 1870.

Boninci Marc, *Vichy et l'ordre moral*, PUF, Paris, 2005.

Borillo Daniel, *Le droit des sexualités*, PUF, Les voies du droit, Paris, 2015.

Bulletin des arrêts de la Cour de cassation rendus en matière criminelle, de 1838 à 1905.

Chaumont Jean-Michel, *Le mythe de la traite des blanches, Enquête sur la fabrication d'un fléau*, La découverte, Paris, 2009.

Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, *Théorie du Code pénal*, tome 4, 3^e édition, Legrand et Descauriet, Paris, 1837-1842.

Chauveau Adolphe, Hélie Faustin, Morin Achille, Godin Jules, Godin Paul-Antoine, *Jurisprudence criminelle du royaume*, Auguste Mie, Paris, 1829 à 1834.

Corbin Alain, *Les filles de noce, Misère sexuelle et prostitution aux XIX^e et XX^e siècles*, Aubier, collection historique, Paris, 1978.

⁹¹ Troper, ..., *op. cit.*

Dalloz Edouard, Vergé Charles, Brésillion Louis, Lefort Joseph, *Jurisprudence générale de MM. Dalloz. Les codes annotés, Code pénal annoté*, Jurisprudence générale, Paris, 1881.

Debuyst Christian, Digneffe Françoise, Pires Alvaro P., *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, tome 2 « la rationalité pénale et la naissance de la criminologie », Bruxelles, Larcier, 1998.

Duffuler-Vialle Hélène, *La réglementation de la prostitution pendant l'entre-deux guerres, l'exemple du Nord de la France*, Mare et Martin, Paris, 2018.

Dutruc Gustave, *Le code pénal modifié par la loi du 18 avril (13 mai) 1863*, Cosse et Marchal, Paris, 1863.

Duvergier Jean-Baptiste, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, tome 32, Sirey, Paris, 1832.

Foucault Michel, *Histoire de la sexualité, La volonté de savoir*, tome 1, Gallimard, Paris, 1976.

Garraud René, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, tome 5, 3^e édition, Recueil Sirey, Paris, 1924

Haïdar Salim, *La prostitution et la traite des femmes et des enfants*, thèse de droit sous la direction de Louis Hugueney, Faculté de droit de Paris, Paris, 1937.

[Jean-Louis Halpérin, « René Garraud \(1849-1930\) », Criminocorpus \[En ligne\], Histoire de la criminologie, 1. La revue et ses hommes, mis en ligne le 01 janvier 2006, consulté le 09 juillet 2019.](#)

Iacob Marcela, *Par le trou de la serrure, Histoire de la pudeur publique, 19^e-21^e siècles*, Fayard, Paris, 2008.

Lascoumes Pierre, Poncela Pierrette, Lenoel Pierre, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Hachette, Paris, 1989.

Ledru-Rollin Philippe, Cuenot Stephan, *Journal du Palais. Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, 3^e édition, Lange-Levy, Paris, 1838.

Ledru-Rollin, *Journal du palais, Recueil le plus ancien et le plus complet de la jurisprudence française*, 1826, tome 20, 3^e édition, Patris, Paris, 1840.

Loché Jean-Guillaume, *Législation civile, commerciale et criminelle, ou commentaire et complément des codes français: tirés, savoir: le commentaire, des procès-verbaux du Conseil*

d'Etat, des exposés de motifs, discussions, rapports et discours faits ou prononcés ..., Wahlen, Bruxelles, 1837.

Merlin Philippe-Antoine, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Tome 1, 4^e édition, « Bordel », Garnery, Paris, 1812-1825.

Recueil général des lois et des arrêts, Sirey, Paris, 1840 à 1871.

Révenin Régis, *Homosexualité et prostitution masculines à Paris (1870-1918)*, L'Harmattan, Paris, 2005.

Robert Adolphe, Bourlonton Edgar, Cougny Gaston, *Dictionnaire des parlementaires français*, Bourlonton, Paris, 1891.

Sirey Jean-Baptiste, *Recueil général des lois et des arrêts : en matière civile, criminelle, commerciale et de droit public*, tome 28, 1^{ère} partie « jurisprudence de la cour de cassation », Lachevardière, Paris.

Sirey Jean-Batiste, *Recueil général des lois et arrêts*, Bureau de l'administration du recueil, Paris, 1871.

Troper Michel, *La philosophie du droit*, 3^e édition, PUF, « Que sais-je », Paris, 2011.