



HAL
open science

Postface : Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes

Danièle Lochak

► **To cite this version:**

Danièle Lochak. Postface : Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes. Caroline Duparc; Jimmy Charruau. Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes, Dalloz, pp.347-354, 2021, 9782247206681. hal-03782717

HAL Id: hal-03782717

<https://hal.science/hal-03782717v1>

Submitted on 21 Sep 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.

POSTFACE

Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes

Par Danièle Lochak

Professeur émérite de droit public de l'Université Paris Nanterre (CREDOF-CTAD)

In Caroline Duparc et Jimmy Charruau, *Le droit face aux violences sexuelles et/ou sexistes*, Dalloz, Thèmes et Commentaires, 2021, pp. 347-354

Rédiger une postface est au fond une position assez confortable : elle permet en effet de laisser libre cours aux réflexions inspirées par la lecture des contributions, sans être tenu d'en rapporter fidèlement le contenu puisque cette tâche a été effectuée par l'auteur de la synthèse.

Ces « libres réflexions » se rapportent toutes, d'une façon ou d'une autre, à l'utilisation de l'outil juridique pour lutter contre les violences sexuelles et sexistes : pourquoi cette frénésie législative, qui nuit à la lisibilité et à la cohérence de la construction normative ? que nous dit et que peut le droit lorsqu'il traite de ces violences ? pourquoi cet engouement pour la voie pénale qui n'est pas sans effets pervers ?

La frénésie législative : de l'activisme au désordre.

Cette frénésie n'est pas propre au sujet qui nous concerne. Elle atteint son paroxysme dans le domaine de la sécurité, comme en témoignent – entre autres exemples – le nombre de textes adoptés sous couvert de lutte contre le terrorisme et, plus significative encore, l'accélération du rythme des réformes depuis 1986, année inaugurale du cycle des lois sur le terrorisme, jusqu'à aujourd'hui.

L'exemple de la lutte contre les discriminations est toutefois plus pertinent ici, tant le parallèle est frappant entre la façon dont le législateur s'est comporté sur ce terrain et sur celui des violences sexuelles et sexistes. D'un côté, on a élargi la liste des discriminations prohibées, le rythme s'accéléralant à mesure que les années passent : aux discriminations raciales visées par la loi de 1972 se sont ajoutées les discriminations fondées sur le sexe ou la situation de famille (1975), les mœurs (1985), l'état de santé et le handicap (1990), les opinions politiques et syndicales (1994), l'âge, l'apparence physique, le patronyme, l'orientation sexuelle et l'âge (2001), les caractéristiques génétiques (2002), la grossesse (2006), l'identité sexuelle (2012) – rebaptisée identité de genre en 2016 –, le lieu de résidence (2014), la perte d'autonomie (2015), la « particulière vulnérabilité résultant de la situation économique » (2016), la capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français (2016). De l'autre on a affiné et complété la définition de la discrimination – en introduisant notamment la notion de discrimination indirecte –, allégé la charge de la preuve, ou encore complété la liste des mesures potentiellement discriminatoires et des domaines où la discrimination est prohibée.

On a en somme le sentiment que le législateur se sent tenu d'intervenir pour colmater le moindre interstice, la moindre brèche dans le tissu normatif qui pourrait laisser filtrer l'un des agissements que l'on cherche à éliminer. La tâche est évidemment sans fin puisque la diversité de ces agissements est elle-même infinie.

Le même activisme se manifeste aujourd'hui sur le terrain des violences sexuelles et sexistes ; et, là encore, c'est l'accélération du processus qui retient l'attention : à l'extrême lenteur succède l'emballement, comme s'il fallait rattraper le temps perdu. Rien ne se passe, sur le plan législatif, entre la loi du 23 décembre 1980 qui élargit la définition du viol et l'entrée en vigueur en 1994 du nouveau code pénal qui retient comme circonstance aggravante la qualité de conjoint ou de concubin pour les violences commises à l'intérieur du couple. Rien encore jusqu'à la loi du 26 mai 2004 relative au divorce qui autorise l'éviction du logement du conjoint violent par le juge aux affaires familiales. À partir de là le rythme s'accélère et le législateur va sans cesse réintervenir pour élargir le périmètre des incriminations ou en créer de nouvelles, aggraver le taux des peines encourues, allonger les délais de prescription, parfois aussi mettre en place des mesures de protection des victimes.

L'énumération qui suit, dont ne nous garantissons pas l'exhaustivité, est parlante à cet égard : loi du 30 décembre 2004 créant la Halde dont le titre III prévoit le « renforcement de la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe » ; loi du 4 avril 2006 « renforçant la prévention et la répression des violences au sein d'un couple ou commises contre les mineurs » ; loi du 8 février 2010 « tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le code pénal » ; loi du 9 juillet 2010 « relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants » ; loi du 6 août 2012 « relative au harcèlement sexuel » ; loi du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, avec ses « dispositions relatives à la protection des personnes victimes de violences et à la lutte contre les atteintes à la dignité et à l'image à raison du sexe dans le domaine de la communication » ; loi du 17 août 2015, qui insère dans le code du travail la notion d'agissement sexiste ; loi du 13 avril 2016 « visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel » ; loi du 27 janvier 2017 « relative à l'égalité et à la citoyenneté », qui aggrave les peines encourues pour un crime ou un délit lorsque celui-ci a été commis en lien avec le sexe de la victime ; loi du 3 août 2018 « renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes » ; loi du 28 décembre 2019 « visant à agir contre les violences au sein de la famille » ; loi du 30 juillet 2020 « visant à protéger les victimes de violences conjugales » ; et finalement la loi du 21 avril 2021 « visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste ».

Cet activisme qui conduit à remettre sans cesse l'ouvrage sur le métier, n'est-il pas, comme on l'a suggéré, un aveu d'impuissance de la part du législateur¹ ? N'incite-t-il pas à s'interroger sur ce qu'on attend du droit en général et du droit pénal en particulier ? Nous y reviendrons.

Toujours est-il que cette façon de légiférer par à-coups n'est pas étrangère au manque de cohérence et de lisibilité de la réglementation : des incriminations qui se chevauchent, des définitions instables, des normes éparpillées entre différents corpus ou disséminées à l'intérieur de ces corpus – le code pénal, le code du travail, le statut de la fonction publique, la loi sur la presse... –, parfois discordantes entre elles. Et finalement des conceptualisations floues ou inabouties, telle la difficulté à distinguer et/ou articuler ce qui relève du « sexuel » et du « sexiste », relevée par la plupart des commentateurs.

Prenons le cas du harcèlement sexuel. Au départ, le harcèlement sexuel était... sexuel, que ce soit dans sa définition initiale (« le fait de harceler autrui [...] en vue d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ») ou dans celle issue de la loi du 6 août 2012 (« le fait d'imposer à une personne, de façon répétée, des propos ou comportements à connotation sexuelle »). Depuis la loi du 3 août 2018, ces propos ou comportements peuvent être à « connotation sexuelle *ou sexiste* ».

Inversement, l'outrage *sexiste*, infraction créée par cette même loi (mais reléguée dans une autre partie du code pénal, s'agissant d'une simple contravention), inclut indistinctement le « sexiste » et le « sexuel » puisqu'il se définit comme « le fait d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation *sexuelle* ou *sexiste* ». L'« agissement sexiste » proscrit par le code du travail est, lui, exclusivement « lié au sexe d'une personne », entendu ici au sens de « genre », donc sans référence à une quelconque connotation sexuelle. Peut-être cette discordance tient-elle à ce que l'introduction de la notion dans le code du travail est antérieure à l'invention de la notion d'« outrage sexiste ». Ce qui nous ramène à notre observation initiale sur la façon de légiférer. Ajoutons à cet égard qu'en voulant à toute force rendre solidaires les violences sexuelles et les violences sexistes, au nom de la lutte contre les-violences-faites-aux-femmes, on crée une confusion supplémentaire puisque les femmes ne sont pas les seules victimes des violences sexuelles.

Ce que nous dit le droit

Le contenu des textes et leurs intitulés nous en disent beaucoup sur la façon dont la société envisage les délits sexuels et l'objectif qu'elle assigne ici à la norme juridique. Le code pénal de 1810 ciblait les « attentats aux mœurs » et incriminait à ce titre l'outrage public à la pudeur et le

¹ Aude Denizot, « Une loi inapplicable est-elle une loi inutile ? », *RTD Civ.* 2018 p. 980

viol, l'excitation à la débauche... ou encore l'adultère et la bigamie. Il visait avant tout à protéger l'ordre (moral) établi et la paix des familles. En faisant figurer les « agressions sexuelles » – qui incluent désormais aussi le harcèlement sexuel... mais non l'outrage sexiste – dans un chapitre consacré aux « atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne », le nouveau code pénal manifeste en revanche sa préoccupation pour les victimes.

Ce qui frappe, dans cette perspective, c'est la place accordée, parmi les atteintes psychiques, à la dignité. L'atteinte à la dignité est constitutive de la définition du harcèlement sexuel comme de l'agissement sexiste ou encore de l'outrage sexiste : ce qui est proscrit, ce sont les actes qui « portent atteinte à la dignité de la victime en raison de leur caractère dégradant ou humiliant », les agissements « qui ont pour objet ou pour effet de porter atteinte à sa dignité ou de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant », ou encore le fait « d'imposer à une personne tout propos ou comportement à connotation sexuelle ou sexiste qui soit porte atteinte à sa dignité en raison de son caractère dégradant ou humiliant, soit crée à son encontre une situation intimidante, hostile ou offensante ».

Cette place centrale attribuée à la dignité n'a à vrai dire rien de surprenant ni de spécifique : elle n'est qu'une illustration parmi d'autres de la promotion générale de la « dignité » comme valeur à protéger, au point de devenir une sorte de catégorie attrape-tout. Des actes naguère réprimés au nom de l'atteinte à l'égalité, telles les discriminations, ou aux mœurs, comme le proxénétisme, le sont désormais au nom des « atteintes à la dignité de la personne » qui font l'objet d'un chapitre dédié dans le nouveau code pénal, distinct du chapitre consacré aux « atteintes à l'intégrité physique ou psychique » (ce qui n'est pas sans renforcer l'impression d'incohérence dans l'articulation des textes). Dans ce chapitre figurent notamment, outre les discriminations et le proxénétisme, la traite des êtres humains, le recours à la prostitution de mineurs, l'exploitation de la mendicité, le bizutage ou les atteintes au respect dû aux morts... Est également venue y prendre place la « dissimulation forcée du visage ». C'est encore au nom de la dignité qu'on justifie la pénalisation du « discours de haine » tandis qu'elle a pris le relais de la morale pour prohiber des comportements ou des modes d'expression jadis censurés au nom de la moralité publique, telle la pornographie.

Ce que peut le droit et ce qu'on en attend

En centrant l'attention sur la victime, la législation pénale semble privilégier la défense de l'individu sur celle de l'ordre social. La portée de ce « changement de paradigme » doit toutefois être relativisée dans la mesure où, au-delà de la protection des victimes, le droit a aussi pour mission de promouvoir, sinon d'imposer, une autre vision de la société. Ce que l'on attend du droit, ce n'est pas seulement de contraindre les pratiques et les comportements mais aussi d'imprégner les esprits. L'évolution du droit accompagne l'évolution des mentalités, mais elle peut aussi la précéder dans un processus dialectique.

Les mobilisations féministes, les grandes enquêtes sur les violences faites aux femmes réalisées à partir des années 1990², le retentissement médiatique de certaines affaires tragiques ont donné au phénomène une visibilité accrue et favorisé une prise de conscience de son caractère inacceptable. Il a fallu pourtant bien du temps encore, comme on l'a rappelé plus haut, pour convaincre les pouvoirs publics de la nécessité d'agir et pour que cette prise de conscience ait une traduction sur le plan législatif.

S'agissant en particulier de l'extension à l'expression sexiste des délits d'injure, de diffamation et de provocation à la haine et à la violence, il a fallu quatorze ans pour surmonter les résistances et les oppositions. C'est en 1980, en effet, qu'a été déposée la première proposition de loi du groupe parlementaire socialiste au Sénat visant à lutter contre la discrimination sexiste ; il lui fut

² A. Spira, N. Bajos, et al., *Analyse des comportements sexuels en France* (1992), La Documentation française, 1993 ; *Enquête nationale sur les violences envers les femmes* (Enveff) (2000) commanditée en 1997 par le service des Droits des femmes comme réponse aux recommandations de la conférence de Pékin, La Documentation française, 2003 ; *Enquête Violences et rapports de genre* (Virage)(Ined, 2015).

objecté que ces infractions prévues par la loi sur la presse ne pouvaient et ne devaient concerner que les minorités ethniques, nationales ou religieuses, et l'initiative échoua. En 1983, le projet de loi antisexiste porté par Yvette Roudy, ministre des Droits de la femme, qui visait à introduire dans le code pénal et la loi sur la presse des dispositions directement inspirées de la loi du 1972 sur le racisme, connut le même sort. L'attaque la plus virulente fut menée au nom de la liberté d'expression et se cristallisa sur la possibilité qu'ouvrait la loi de poursuivre toute représentation dévalorisée ou avilissante des femmes³. C'est finalement la loi du 30 décembre 2004 qui a complété la loi sur la presse en étendant aux propos à caractère sexiste ou homophobe les délits de provocation à la haine et à la violence, de diffamation et d'injure⁴.

Cet exemple pourrait laisser penser que rien ne peut se faire aussi longtemps que « l'opinion » n'est pas mûre et que le législateur est étroitement tributaire de l'évolution des mentalités. Mais les choses ne sont pas aussi simples. Car la loi vaut aussi son aspect symbolique et sa portée pédagogique. Cette dernière sera d'autant plus importante que les comportements qu'on entend proscrire ne sont pas spontanément perçus comme illégitimes par l'opinion dominante – dans ce cas principalement, quoique non exclusivement, masculine. Les promotrices du projet de loi Roudy insistaient sur la valeur plus persuasive que proprement répressive attachée au texte ; elles en attendaient moins l'éradication immédiate des comportements « inappropriés », comme on dirait aujourd'hui, qu'une accélération de l'évolution des mentalités. Il s'agissait de culpabiliser plus que de punir ceux qui n'avaient pas encore intégré dans leurs schémas mentaux ni dans leurs comportements les implications de l'égalité entre les sexes. En nommant un phénomène – le sexisme – de façon dévalorisante et en officialisant cette dénomination en l'inscrivant dans la loi, on pensait favoriser la prise de conscience du caractère inacceptable de certaines paroles ou de certains gestes.

Un discours analogue a été tenu plus récemment pour justifier, contre les critiques qu'on lui opposait, l'introduction dans la loi du délit d'outrage sexiste : on l'a présenté comme un « outil de prévention et de changement des mentalités » qui, en posant un interdit social, devait adresser un message fort à la société tout entière.

De fait, la force du droit ne réside pas seulement dans le caractère impératif de ses prescriptions mais tout autant dans sa capacité à imposer une certaine image de l'ordre social, à inculquer une certaine idée de ce qui est « normal » et/ou souhaitable. Son efficacité ne se mesure pas seulement à l'effectivité de ses règles – toujours incertaine au demeurant ; elle tient aussi à une influence plus diffuse sur les représentations collectives.

Autrement dit, l'incrimination de certains agissements par la loi ne se veut pas seulement dissuasive par la menace des condamnations qu'elle fait peser sur l'individu récalcitrant mais par le simple fait de désigner ces agissements comme inacceptables. De fait, on ne saurait compter sur la seule condamnation des auteurs de viols ou de délits sexuels ou sexistes pour extirper ces maux de la société : toute inculpation et/ou condamnation dans ces domaines doit avoir une vertu pédagogique en signifiant publiquement à tous – et pas seulement à ceux qui sont l'objet des poursuites – que ces conduites sont hors-la-loi.

Limites et effets pervers de l'outil pénal

Nous avons évoqué les fonctions sociales du droit en général, mais qu'en est-il plus spécialement de la loi pénale, privilégiée par le législateur pour lutter contre les violences sexuelles ou sexistes ? Même s'il paraît paradoxal de recourir à l'outil pénal pour garantir les droits fondamentaux (car lorsqu'on pense ensemble sanction pénale et libertés, ce sont plutôt les risques que la répression pénale fait peser sur celles-ci qui viennent immédiatement à l'esprit), force est de

³ Félicien Lemaire, « Le projet de loi antisexiste d'Yvette Roudy ou de la difficulté à saisir le sexisme par le droit », *Droits*, 2015/1, p. 143-170

⁴ Pour donner la mesure des oppositions qu'il a fallu surmonter, rappelons que six mois plus tôt la Commission nationale consultative des droits de l'Homme avait rendu un avis négatif sur le projet de loi déposé par le Garde des Sceaux « relatif à la lutte contre les propos discriminatoires à caractère sexiste ou homophobe ».

constater qu'il est de plus en plus souvent mobilisé pour protéger les droits de l'Homme en punissant leur violation⁵.

Au niveau international, de nombreuses conventions obligent les États à recourir à l'arsenal pénal pour garantir l'effectivité des droits qu'elles proclament : l'interdiction de la torture, des discriminations raciales, des disparitions forcées, désormais aussi les atteintes à l'environnement, tandis que la répression des violations les plus graves des droits humains - les crimes contre l'humanité, les crimes de guerre, le génocide, est confiée à des tribunaux pénaux internationaux. En France l'exemple le plus caractéristique et sans doute le plus ancien est celui de la répression pénale du « discours de haine » et des discriminations raciales, introduite en France par la loi de 1972 contre le racisme, étendue par la suite à la protection d'un très grand nombre de groupes vulnérables.

Lorsqu'on s'interroge sur les fonctions, manifestes ou latentes, de la sanction pénale, on retrouve les mêmes constats qu'à propos de la règle de droit en général. Au-delà ou plutôt en-deçà de sa fonction punitive, la sanction pénale a une fonction dissuasive : son objectif est de prévenir les crimes et délits non seulement par la menace de la peine mais aussi par l'impact que peut avoir l'affirmation solennelle d'un interdit. Sur cette fonction pédagogique se greffe une fonction symbolique : pénaliser certains comportements, c'est renforcer leur stigmatisation et rappeler l'attachement de la société à des normes de conduites et des valeurs jugées primordiales, la hiérarchie des peines reflétant ici la hiérarchie des valeurs auxquelles il est porté atteinte.

Si l'on peut ainsi comprendre les raisons de cet engouement pour le droit pénal, omniprésent dans le champ de la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, cela n'empêche pas de s'interroger sur l'efficacité de l'arsenal ainsi déployé. Il faut déjà faire la part du besoin d'affichage auquel répond la prolifération des sanctions pénales : la sanction est instrumentalisée par les pouvoirs publics pour rassurer les citoyens ou du moins leur montrer qu'on prend un problème au sérieux – ce dont témoigne la tendance à légiférer à chaque fois qu'un fait divers émeut l'opinion. Au-delà, force est de constater que la multiplication des délits et l'aggravation des peines manquent doublement leur but puisqu'elles ne permettent pas d'éradiquer ni même de diminuer l'ampleur du phénomène, d'une part, que le nombre de condamnations est lui-même dérisoire, d'autre part.

Plus généralement, le recours systématique à la répression pénale n'est pas anodin. Les questions soulevées à chaque fois qu'est discutée une loi sur les violences sexuelles en témoignent : faut-il durcir les peines, créer une présomption de viol en-dessous de tel ou tel âge, allonger le délai de prescription, voire rendre les crimes sexuels imprescriptibles à l'instar des crimes contre l'humanité ? Faut-il, au nom de la protection des femmes et des enfants, sacrifier des principes qu'on défend par ailleurs ? Peut-on militer contre l'inflation pénale ou une politique du tout carcéral et réclamer parallèlement que les violences sexuelles et sexistes soient toujours plus sévèrement punies ? Les partisans d'un durcissement répliquent que celui-ci est nécessaire pour inverser les effets d'un droit conçu par les hommes et pour les hommes, mais cette réponse est trop courte pour être satisfaisante.

On ne peut non plus passer sous silence les effets potentiellement pervers de l'outil pénal : en raison notamment du formalisme de la procédure, dont l'objet est de protéger les droits des personnes mises en cause, la condamnation n'est jamais certaine, quels que soient les indices concordants de culpabilité que l'on a cru pouvoir rassembler et la crédibilité des témoignages produits. Or la relaxe ou l'acquiescement, outre qu'ils peuvent être douloureusement ressentis par les victimes, risquent d'être préjudiciables à la cause que l'on défend dès lors qu'ils seront brandis comme la preuve du mal-fondé de la plainte initiale. La voie pénale s'avère finalement hasardeuse : longue, coûteuse sur le plan matériel et psychologique, elle est également aléatoire quant à son issue.

Il arrive aussi que l'enfer soit pavé de bonnes intentions, comme le montre l'exemple de la pénalisation des clients, instituée dans la perspective de faire reculer la prostitution, par tarissement

⁵ Danièle Lochak, « Pénaliser les violations des droits de l'Homme ? », *Communications*, 2019/1, n° 104, p. 191-203.

de la « demande ». La loi adoptée en ce sens en 2016 a en réalité aggravé la situation de celles qu'elle prétendait protéger : les clients sont, de fait, moins nombreux, mais la diminution de la clientèle de rue a entraîné une dégradation importante des conditions de vie déjà très précaires des prostituées qui doivent donc passer plus d'heures dans la rue et surtout accepter des passes plus risquées, comme des rapports non protégés. Enfin, pour rassurer leurs clients, les prostituées ont tendance à privilégier des lieux isolés où elles courent un risque accru de subir des violences.

Finalement, le recours systématique à la sanction pénale apparaît comme une sorte de réflexe, une solution de facilité qui dispense de penser l'amont. Si le droit pénal a un rôle à jouer, en tant que « lieu de l'affirmation symbolique des valeurs essentielles d'une société »⁶, son efficacité s'émousse s'il ne s'accompagne pas d'une action déterminée des pouvoirs publics, préventive et pédagogique. Le gouvernement peut bien mettre en avant ses « plans de mobilisation et de lutte » contre toutes les violences faites aux femmes ou aux enfants, lancés périodiquement : le fait est que les moyens déployés, et en particulier le soutien aux organisations de la société civile investies dans ces combats, ne sont jamais à la hauteur des ambitions affichées.

⁶ Gwenaële Calvès, *Envoyer les racistes en prison ?* LGDJ, coll. Exégèses, 2015, p. 88