



HAL
open science

La CEDH et l'exhibition sexuelle : légitimation nuancée de la dénaturation jurisprudentielle d'un délit incertain

Charles de Waël

► To cite this version:

Charles de Waël. La CEDH et l'exhibition sexuelle : légitimation nuancée de la dénaturation jurisprudentielle d'un délit incertain. 2023. hal-04194514

HAL Id: hal-04194514

<https://hal.science/hal-04194514>

Submitted on 3 Sep 2023

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.

La CEDH et l'exhibition sexuelle : légitimation nuancée de la dénaturation jurisprudentielle d'un délit incertain

Charles De Waël, Doctorant au centre de droit pénal et de criminologie (CDPC) de l'université Paris Nanterre

Résumé

La Cour européenne des droits de l'Homme a-t-elle mis fin aux interrogations portant sur l'ambition réelle du délit d'exhibition sexuelle ? Le doute est légitime, alimenté par la répression de l'exhibition de la poitrine féminine qui perturbe la place du délit, représentant tantôt un outil de protection des mœurs sexuelles, tantôt outil de protection de la liberté sexuelle. Sans poser directement la question, la CEDH, condamnant la France pour violation du droit à la liberté d'expression par la répression d'une *Fémen* pour exhibition sexuelle, confirme ce qui se décelait de l'interprétation du délit par la jurisprudence : l'exhibition sexuelle est une infraction empreinte de dualité, d'incertitudes ouvrant les portes à une discrimination légale et injustifiée au préjudice des femmes.

Par un arrêt du 13 octobre 2022, la Cour européenne des droits de l'Homme a condamné la France pour violation de la liberté d'expression d'une Fémén en raison de sa répression pour exhibition sexuelle. La requérante avait simulé un avortement, la poitrine dénudée, dans une église¹. Cet arrêt s'inscrit dans une série épisodique de jurisprudences en matière d'exhibition sexuelle largement commentée par la doctrine² qui interroge le champ d'effectivité de la liberté d'expression sur la justification de l'infraction³ ainsi que la matérialité du délit. Si la première interrogation intéresse surtout les juristes, la seconde concerne le quotidien des personnes qui pratiquent le « *topless*⁴ » ou qui allaitent⁵, des situations qui n'ont pas laissé le législateur indifférent⁶.

Les Femen, organisation internationale de défense des droits des femmes, mettaient en place une action de contestation contre la position de l'Église sur le droit à l'interruption volontaire de grossesse. Dans le cadre de cette action, la requérante, accompagnée de journalistes, pénétrait dans une Église parisienne, la poitrine dénudée, et y simulait une scène d'avortement devant l'autel avec un morceau de foie de bœuf. Sur son torse et son dos étaient inscrits « 344^{ème} salope » et « Christmas is canceled⁷ ». Le curé de la paroisse déposait une plainte avec constitution de partie civile et la requérante était poursuivie pour exhibition sexuelle⁸. Condamnée en première instance à une peine d'emprisonnement d'un mois assorti d'un sursis simple et au paiement de la somme de 2.000 euros

¹ CEDH, 5^e sect., 13 octobre 2022, n° 22636/19, Bouton c. France.

² V. not., Philippe CONTE, « Exhibition sexuelle – Éléments constitutifs, justification de l'infraction par la liberté d'expression », *Droit pénal*, n° 9, 2022 ; Laurent SAENKO, « De l'agression (sexuelle) par excitation (sexuelle) », *AJ Pénal*, n° 4, 2021, p. 207 ; Jean-Baptiste THIERRY, « Contours et détours : l'exhibition sexuelle selon la Cour de cassation », *AJ pénal*, n° 5, 2020, p. 247 ; Nicolas CATELAN, « Adam (toujours) plus fort qu'Ève : quand un sein est un sexe ! (saison 3) », *La lettre juridique*, n° 814, 2020 ; Jean-Christophe SAINT-PAU, « La liberté de protestation politique par l'exhibition des seins d'une Femen », *JCP (G)*, n° 23, 2020 ; Yves MAYAUD, « Pas d'exhibition sexuelle sans nudité ! », *RSC*, n° 2, 2020, p. 320 ; Yves MAYAUD, « Militantisme par exhibition sexuelle, ou du mouvement "Femen" justifié par le droit », *RSC*, n° 2, 2020, p. 307 ; Agathe LEPAGE, « Exhibition sexuelle – Quand le délit d'exhibition sexuelle croise de nouveau la liberté d'expression », *Communication – Commerce électronique*, n° 4, 2020 ; Nicolas CATELAN, « Adam (toujours) plus fort qu'Ève : saison 2 épisode 1 », *Lexbase Pénal*, n° 13, 2019 ; Agathe LEPAGE, « Exhibition sexuelle versus liberté d'expression – La jurisprudence sur l'exhibition sexuelle de nouveau alimentée par les Fémén », *Communication – Commerce électronique*, n° 3, 2019 » ; François DESPREZ, « De quelques incertitudes à propos des rapports entretenus entre le droit pénal et le port d'un vêtement », in *Le vêtement saisi par le droit*, Alain POUSSON (dir.), Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015.

³ Jean-Christophe SAINT-PAU, *loc. cit.* : « Légitime, ce fait justificatif est-il général ou spécial ? Naturellement applicable pour justifier des infractions de presse, il est désormais invoqué pour neutraliser des infractions de droit commun, telle qu'une escroquerie, et désormais l'exhibition sexuelle. Ce n'est pas dire cependant que toute infraction puisse être justifiée par l'exercice de la liberté d'expression. Il n'est en effet concevable d'admettre une pondération d'intérêts concurrents, et ainsi un contrôle de proportionnalité, qu'à la condition que les intérêts en conflit soient d'identique valeur normative. »

⁴ Gérald DARMANIN, [@GDarmanin, (2020, 25 août), *C'est sans fondement qu'il a été reproché à deux femmes leur tenue sur la plage ; La liberté est un bien...* [Tweet], Twitter. Accessible sur : <https://twitter.com/gdarmanin/status/1298274645171347457>.

⁵ Bénédicte LUTAUD, « Bordeaux : une maman giflée "en pleine poire" pour avoir allaité en public », *Le Figaro*, 18 mai 2021. Accessible sur : <https://www.lefigaro.fr/actualite-france/bordeaux-une-maman-giflee-en-pleine-poire-pour-avoir-allaité-en-public-20210518>.

⁶ Fiona LAZAAR, Proposition de loi n° 4258 portant création d'un délit d'entrave à l'allaitement, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 15 juin 2021.

⁷ CourEDH préc., §5.

⁸ *Ibid*, §6.

au titre du préjudice moral subi par le prêtre⁹, elle interjeta appel du jugement, confirmé par la cour d'appel de Paris¹⁰. Celle-ci arguait notamment, d'une part, que l'exhibition sexuelle était constituée au regard du caractère sexuel de la poitrine féminine, qui ne peut pas être contesté dès lors que la requérante affirme « que le fait de toucher ses seins sans son consentement constitue néanmoins une agression sexuelle [L]’évolution des mœurs, des conceptions en matière d’art et de notion de pudeur, ne saurait être prise en considération pour justifier un acte et des attitudes commis dans un édifice religieux par [la requérante] laquelle revendique d’avoir utilisé ses seins comme une arme ». D’autre part, concernant la liberté d’expression de la militante, « il appartient aux juridictions, de concilier la liberté d’expression avec d’autres libertés d’égale valeur, telles que la liberté religieuse [L]es poursuites engagées par le ministère public à l’encontre de [la requérante] ne visent donc, en aucun cas, à la priver de sa liberté d’expression et de son droit de manifester ses opinions politiques, mais bien de réprimer une exhibition sexuelle, inadmissible dans lieu de culte et à protéger la sensibilité religieuse des fidèles directement visés par cette action¹¹. » La Cour de cassation, saisie de l’affaire, rejetait le pourvoi de la requérante¹² et confirmait l’arrêt de la cour d’appel dans tous ses motifs.

La militante soutient que sa condamnation constitue une violation de son droit à la liberté d’expression¹³ ainsi que du principe de légalité des délits et des peines¹⁴. Si ce dernier grief n’est pas développé, la requérante motive le premier au regard tant de l’imprévisibilité légale de l’ingérence dans sa liberté d’expression que de sa disproportion au but que l’ingérence poursuit. En effet, elle conteste le défaut de prise en compte du caractère militant de son comportement, arguant que « les autorités nationales devaient prendre en compte la dimension politique qui était au cœur de son action¹⁵ ». Par ailleurs, elle conteste la démarche de la cour d’appel, consistant à concilier la liberté religieuse des fidèles et la liberté d’expression de la militante, dès lors que l’objet de la répression est de lutter contre une éventuelle atteinte à l’ordre public découlant d’une nudité sexuelle provoquante et non de protéger la liberté religieuse des personnes à qui cette nudité serait imposée¹⁶.

Alors que le gouvernement ne conteste pas l’ingérence que constitue la répression de la requérante dans sa liberté d’expression, il en justifie la légitimité. D’une part, l’incrimination était prévisible. Prévu par la loi, le délit d’exhibition sexuelle a été longuement interprété par une jurisprudence accessible. La Cour de cassation n’a, au demeurant, pas jugé pertinent de transmettre au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur la précision du délit¹⁷. D’autre part, l’ingérence est nécessaire dès lors qu’il ne s’agit pas de réprimer le contenu du message, mais la forme qu’il a prise. Ce comportement constitue, aux dires du gouvernement, une expression gratuitement offensante pour autrui, d’autant plus que la militante avait « pour but de

⁹ *Ibid.*, §9.

¹⁰ *Ibid.*, §10.

¹¹ CA Paris, 15 février 2017, n° 15/01363.

¹² CEDH préc., §13.

¹³ *Ibid.*, §§21-24.

¹⁴ *Ibid.*, §69.

¹⁵ *Ibid.*, §23.

¹⁶ *Ibid.*, §24.

¹⁷ Cass. crim., 16 février 2022, n° 21-82.392.

heurter volontairement les sentiments religieux des personnes présentes dans l'église », la marge de manœuvre de la France dans la répression du comportement jugé incompatible avec le respect de la liberté de religion se trouve justifiée¹⁸.

La Cour, déclarant recevable la requête qui lui est soumise, considère l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante légalement prévisible et poursuivant plusieurs buts légitimes que sont « la protection de la morale et des droits d'autrui, la défense de l'ordre et la prévention des infractions pénales¹⁹. » Néanmoins, la condamnation de la requérante à une peine d'emprisonnement assortie d'un sursis simple constitue une ingérence dans sa liberté d'expression disproportionnée à ces buts légitimes²⁰. En effet, les juridictions internes ont commis l'erreur d'opérer une mise en balance entre la liberté d'expression et la liberté religieuse plutôt qu'une mise en balance des intérêts de la requérante et des buts légitimes précités, dès lors que l'exhibition sexuelle n'est pas une incrimination ayant pour objet la protection de la liberté de conscience d'autrui. Ainsi, l'environnement religieux n'est qu'un élément de contexte qui ne peut être apprécié « isolément de la performance globale dans laquelle [l'exhibition] s'inscrivait sans prendre en considération, dans la balance des intérêts en présence, le sens donné à son comportement par la requérante²¹. » Cette motivation, qui cristallise la nature moralisatrice du délit d'exhibition sexuelle (I), en dénonce la définition (II).

I. La moralisation confortée du délit d'exhibition sexuelle

La moralisation du délit d'exhibition sexuelle est confortée tant par la matérialité de l'infraction (A) que par son excusabilité (B).

A. La nature moralisatrice de l'exhibition sexuelle confortée par sa matérialité

Réprimant « L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public », l'article 222-32 du code pénal est la transcription, en droit pénal moderne, de l'une des applications de l'ancien délit d'outrage public à la pudeur. Classé dans le chapitre du code relatif aux agressions sexuelles, il manifeste le changement de paradigme législatif consistant à amoraliser le délit. Il n'est plus appréhendé comme un outil de protection des bonnes mœurs²², mais de la liberté sexuelle, au même titre que le viol et les autres agressions sexuelles. Il n'est dès lors plus contestable que la publicité de la nudité complète, si elle constituait sans doute l'outrage public à la pudeur²³, sera réprimée en tant qu'elle atteint aujourd'hui la liberté sexuelle de la personne qui ne consent à se voir imposer la nudité d'autrui. Mais cette interprétation légaliste du délit, consistant

¹⁸ CEDH préc., §27.

¹⁹ *Ibid.*, §41.

²⁰ *Ibid.*, §§51-68.

²¹ *Ibid.*, §64.

²² Cass. crim., 27 octobre 1932, Bull. crim. n° 220 : La Cour de cassation avait à cet égard précisé, sous l'empire de l'ancien Code pénal, que « la prévention d'outrage public à la pudeur n'a pas essentiellement pour objet la répression d'actes impudiques, en tant que commis à l'égard d'une personne déterminée, mais la réparation du scandale causé par de tels actes, à raison de leur publicité. »

²³ Michèle-Laure RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 2018, 8ème édition, p. 721.

à ne définir comme étant « sexuel » que ce qui est relatif au sexe²⁴, cède à son application jurisprudentielle réprimant non plus la publicité du sexe entendu *stricto sensu*, mais plus largement la publicité des organes du corps ayant une connotation sexuelle. Tel est le cas de la poitrine féminine²⁵, étant précisé qu'aucune décision relative à la publicité d'un torse masculin n'a à ce jour été rendue. Cette interprétation est permise par l'absence de définition de l'élément matériel de l'exhibition sexuelle qui s'adapte « compte tenu de la multiplicité des situations possibles et du fait que les conceptions sont, en outre, susceptibles de variations selon les époques et les milieux²⁶. » Cette marge de manœuvre juridictionnelle se justifiait à l'époque où le délit réprimait une atteinte à la pudeur, la notion de pudeur et l'intégration de l'infraction dans les atteintes aux bonnes mœurs rendant nécessaire l'interprétation *in concreto* du juge dans l'appréciation du comportement par rapport aux mœurs du temps de sa décision²⁷. Néanmoins, le délit a été redéfini afin de manifester l'ambition de protéger la liberté sexuelle des personnes. Dès lors, la persistance des aléas dans l'interprétation de la matérialité du délit d'exhibition sexuelle interroge toujours quant à la valeur sociale réellement protégée. Cette interrogation est nécessaire considérant l'outil technique que représente l'identification de la valeur sociale protégée par l'infraction²⁸. Elle est ainsi posée par la Commission nationale consultative des droits de l'Homme ; « le fait de dénuder sa poitrine a-t-il toujours une connotation sexuelle²⁹ ? »

C'est une question que les mouvements féministes posent aux juridictions nationales, lesquelles ont été amenées à se saisir de cas dans lesquels des femmes manifestaient, la poitrine dénudée, tant contre la sexualisation de leur corps que contre les positions de l'Église³⁰ et du président de la Russie Vladimir Poutine³¹ sur les droits des femmes. Cependant, ces exhibitions s'inscrivant dans des actions militantes, c'est à l'aune de la liberté d'expression que la Cour de cassation a rendu ses décisions, sans se prononcer sur la problématique relative à la connotation sexuelle de la poitrine féminine. Si, dans ce dernier cas, la Cour de cassation a admis que la répression d'une militante manifestant seins nus dans un musée constituait une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression de la prévenue, tel n'a pas été le cas dans le premier qui a donné lieu à la condamnation de la France pour violation de l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme. Néanmoins, que « la Cour relève que l'article 222-32 précité ne définit pas la notion d'exhibition sexuelle et que l'évolution des mœurs a pu nourrir un débat devant les juridictions nationales sur le caractère sexuel de la poitrine nue d'une femme, ainsi que sur l'existence d'une discrimination en résultant entre les hommes et les femmes³² » n'est pas de nature à fonder l'intérêt de la CEDH, laquelle, en légitimant le recours à la liberté d'expression pour justifier la commission du délit, consacre la nature moralisatrice du délit.

²⁴ « Sexuel », in Le Petit Robert de la Langue Française, 2020, p. 2365.

²⁵ Cass. crim., 22 décembre 1965, n° 91-99.765 ; Cass. crim., 9 janvier 2019, n° 17-81.618.

²⁶ Michèle-Laure RASSAT, *op. cit.*, p. 718.

²⁷ Danièle LOCHAK, « Le droit à l'épreuve des bonnes mœurs, puissance et impuissance de la norme juridique », in *Les bonnes mœurs*, Amiens, Centre universitaire de recherches de l'action publique et politique, 1993, p. 43.

²⁸ Audrey DARSONVILLE, « La pertinence des valeurs sociales protégées », in *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, Patrick MISTRETTA (dir.), Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2020, p. 36.

²⁹ CNCDH, Avis relatif aux violences sexuelles : une urgence sociale et de santé publique, un enjeu de droits fondamentaux, publié au Journal officiel de la République Française le 25 novembre 2018, §41.

³⁰ Cass. crim., 26 février 2020, n° 19-81.827.

³¹ Cass. crim., 9 janvier 2019, n° 17-81.618.

³² CEDH préc., §37.

B. La nature moralisatrice du délit d'exhibition sexuelle confortée par son excusabilité

La CEDH décide que « les juridictions internes n'avaient pas, eu égard à l'objet de l'incrimination en cause, à procéder à la mise en balance entre la liberté d'expression revendiquée par la requérante et le droit à la liberté de conscience et de religion protégée par l'article 9 de la Convention³³. » En effet, l'exhibition sexuelle n'est pas une infraction dont l'objet est la protection de la liberté religieuse d'autrui. Tel que le soutient la requérante, si la répression de l'auteur d'une exhibition sexuelle constitue une ingérence légitime dans sa liberté d'expression, c'est parce-que cette infraction a pour objet de « lutter contre une éventuelle atteinte à l'ordre public découlant d'une nudité sexuelle provoquante³⁴ ». En assurant une mise en balance entre la liberté de l'auteur de l'infraction et celle de la victime, la Cour de cassation méconnaît la spécificité de la matière pénale, laquelle n'a pas vocation à protéger des intérêts privés³⁵. Or, à préférer la vertu de l'individu à l'ordre social, la répression relève davantage de la morale que du droit³⁶.

Le but légitime de l'infraction vise donc un intérêt social. Cependant, que la répression soit légitimée par un intérêt social ne retire rien de l'interrogation que pose la justification du comportement par la liberté d'expression : elle la renforce. C'est affirmer que là où l'exhibition sexuelle est, en droit pénal français, une atteinte à la liberté sexuelle, elle est, tel qu'interprétée par le présent arrêt, une forme d'expression pouvant être réprimée dès lors qu'elle peut représenter un trouble pour la morale, les droits d'autrui et la défense de l'ordre³⁷. Toujours est-il qu'en l'état, une infraction dont l'ambition affichée du législateur est de protéger la liberté sexuelle des personnes trouve un fait justificatif tiré de la liberté d'expression. Or, s'il est certain qu'aujourd'hui, le délit d'exhibition sexuelle est un outil de sauvegarde des bonnes mœurs sexuelles, il reste un outil de protection de la liberté sexuelle qui fonctionne conjointement avec les autres textes réprimant les agressions sexuelles, venant parfois à en permettre la caractérisation. Ainsi en a-t-il été d'un individu interpellé alors qu'il s'exhibait en érection après avoir caressé le mollet d'une mineure. L'excitation de l'individu identifiée parce-qu'il se montrait a permis de caractériser la connotation sexuelle de son geste. Il a ainsi été condamné pour agression sexuelle³⁸. Cette démarche, qui n'a pas été sans opposition doctrinale³⁹, remet la protection de la liberté sexuelle au cœur du texte, recalibrage renforcé par la modification du délit en 2021 afin qu'il puisse réprimer la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé, même sans exhibition⁴⁰.

³³ *Ibid.*, §60.

³⁴ *Ibid.*, §23.

³⁵ Philippe CONTE, « Exhibition sexuelle – Justification » préc.

³⁶ Sébastien DE LA TOUANNE, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières ? », *Dalloz actualité*, 14 avril 2020.

³⁷ *Ibid.*, §41.

³⁸ Cass. crim., 3 mars 2021, n° 20-82.399.

³⁹ V. par ex. : Laurent SAENKO, « De l'agression (sexuelle) par excitation (sexuelle) », préc.

⁴⁰ Loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, art. 12. V. l'intervention d'Alexandra Louis lors de la deuxième séance publique de l'Assemblée nationale du lundi 15 mars 2021, qui dénonce le caractère restrictif du texte qui « octroie l'impunité aux individus qui se masturbent en public, par exemple dans les transports parisiens, souvent devant des mineurs ; ils ne font l'objet d'aucune répression pénale puisque le délit d'exhibition sexuelle exige un élément de nudité. »

Mais cette ambition est freinée par la possibilité de justifier une exhibition sexuelle dès lors qu'elle s'inscrit dans une action militante, fait justificatif qui interroge tant au regard de la valeur sociale protégée que de son imprévisibilité. En effet, « Le recours à la liberté d'expression et le contrôle de proportionnalité qui en découle contribuent à une casuistique incertaine, peu compatible avec la nature du contrôle habituellement exercé par la Cour de cassation et avec la prévisibilité que l'on est en droit d'attendre de la répression pénale⁴¹. » Cette dénaturation du délit au regard de la valeur sociale qu'il protège n'est cependant pas étrangère à la CEDH qui la dénonce.

II. La définition dénoncée du délit d'exhibition sexuelle

La définition du délit d'exhibition sexuelle, par son imprévisibilité (A), le rend discriminatoire (B).

A. La définition imprévisible de l'exhibition sexuelle

Au-delà des considérations relatives à la valeur sociale protégée par l'infraction, la démarche européenne pose une autre question tirée de la prévisibilité de la loi. Mais en réalité, cette problématique se joint à la première, dès lors qu'en interprétant l'exhibition sexuelle comme pénalisant l'exhibition des organes du corps à connotation sexuelle, la nature moralisatrice du délit d'exhibition sexuelle a été renforcée. Seul le recours à la liberté d'expression permettait d'encadrer l'infraction sans méconnaître le principe de légalité et la ligne jurisprudentielle française. Dès lors que le champ de l'infraction s'est étendu au point de réprimer l'exhibition d'organes qui ne sont pas de nature sexuelle, la Cour de cassation devait restreindre l'application d'un texte longuement appliqué uniformément par les juridictions françaises. Ainsi, le recours à la liberté d'expression « rend le délit d'exhibition sexuelle objectivement “justifié” lorsque l'action peut se revendiquer d'une liberté supérieure aux valeurs protégées par l'incrimination », permettant par ailleurs que « La Chambre criminelle ne cède rien sur la structure morale de l'infraction » en y intégrant un mobile tiré de l'intention sexuelle de l'auteur⁴². Toujours est-il que si une atteinte aux mœurs peut se justifier au regard du contexte militant dans lequel elle est commise, reconnaître la justification d'une atteinte à la liberté sexuelle par la liberté d'expression de son auteur se comprend difficilement. Cependant, dès lors qu'« À chaque représentation dominante du corps correspond [...] un ensemble de comportements prônés et interdits, la même pratique passant de l'une à l'autre catégorie selon les siècles⁴³ », sexe et mœurs sont intimement liés. À défaut de distinguer, parmi les comportements répréhensibles sur le fondement de l'exhibition sexuelle, ceux qui atteignent les mœurs de la société des atteintes à la liberté sexuelle des personnes, la définition du délit ouvre la porte à une confusion dans ce qu'il protège.

Il résulte de ce qui précède que si la juge Simackova ne conteste pas la conclusion de la Cour, elle s'oppose à sa motivation. En effet, rappelant que « la répression de l'exhibition sexuelle vise à protéger l'intégrité mentale et physique et la dignité de la victime de l'agression⁴⁴ », elle considère

⁴¹ Jean-Baptiste THIERRY, *loc. cit.*

⁴² Yves MAYAUD, « Militantisme par exhibition sexuelle, ou du mouvement « Femen » justifié par le droit » préc.

⁴³ Christine DETREZ, *La construction sociale du corps*, Seuil, coll. Points, 2002, p. 132.

⁴⁴ Opinion séparée de la juge Simackova, annexée à l'arrêt Bouton c. France, §3.

que la motivation des juridictions internes tenant à justifier la répression au regard de l'atteinte portée à la liberté de conscience et de religion des fidèles est illégale⁴⁵. Dès lors, c'est au titre du critère de prévisibilité légale de l'ingérence que cette démarche des juges français aurait dû être dénoncée. Si cela ne convainc pas la CEDH qui, pour affirmer que cette ingérence est prévue par la loi, s'arrête au caractère prévisible de la répression, elle en reconnaît l'ambiguïté⁴⁶ qui a déjà été vainement soulevée devant les juridictions nationales.

B. La définition discriminatoire de l'exhibition sexuelle

Si le délit réprime aujourd'hui la publicité d'un organe qui n'est pas de nature sexuelle, et que ces organes peuvent être légitimement exhibés dans le cadre d'une action militante visant précisément à en contester la sexualisation, qui n'est pas du fait de l'auteur mais de la société, ne faut-il pas exiger, pour réprimer, une intention sexuelle de la personne qui s'exhibe ? La Cour de cassation, dans son interprétation legaliste du délit, s'y oppose⁴⁷. En effet, la cour d'appel de Paris, dont l'arrêt était l'objet du pourvoi en cassation, considérait que l'infraction d'exhibition sexuelle suppose la caractérisation d'un dol spécial tenant à l'intention d'offenser la pudeur d'autrui, l'intention devant avoir une connotation sexuelle⁴⁸. Elle motivait sa décision eu égard à ce que le mouvement des Femén a justement pour objet de se réapproprier le corps de la femme et d'en dénoncer la sexualisation. Dès lors, en manifestant contre la sexualisation du sein, l'intention de la Femén, dans son exhibition, ne pouvait avoir de connotation sexuelle. Cependant, une telle intention n'a jamais été recherchée par la Cour de cassation. Elle décide donc que « C'est à tort que la cour d'appel a énoncé que la seule exhibition de la poitrine d'une femme n'entre pas dans les prévisions du délit prévu à l'article 222-32 du code pénal, si l'intention exprimée par son auteur est dénuée de toute connotation sexuelle⁴⁹. » Cette position a encore été récemment rappelée par la Cour de cassation⁵⁰.

Or, cet état du droit a pour conséquence de faire dépendre la caractérisation d'un délit imprécis de la représentation sociale de l'anatomie de la personne. En conséquence, le torse féminin et le torse masculin ne bénéficient pas d'une égalité de traitement, seul le premier étant sexualisé. C'est une interprétation que la Cour de cassation approuve dès lors que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, et l'article 222-32 du code pénal s'applique à la fois aux hommes et aux femmes, même si leurs différences anatomiques et les représentations qui y sont associées conduisent à donner un contenu différent à la notion d'exhibition⁵¹. » Néanmoins, si ces éléments ne sont pas de nature à considérer que l'ingérence dans la liberté d'expression de la requérante n'était pas prévue par la loi, ils restent, pour la CEDH, « de nature à faire peser un doute sur la loi au sens de [sa] jurisprudence⁵² ». Ces éléments sont même de nature à interroger le caractère discriminatoire du délit, doute sur lequel ne se prononce par la CEDH qui n'est pas saisie

⁴⁵ *Ibid.*, §§4-5.

⁴⁶ CEDH préc., §37.

⁴⁷ Cass. crim., 26 février 2020 préc.

⁴⁸ *Ibid.*, §10.

⁴⁹ *Ibid.*, §14.

⁵⁰ Cass. crim., 15 juin 2022, n° 21-82.392, §§10-12.

⁵¹ Cass. crim., 16 février 2022 préc., §7.

⁵² CEDH préc., §37.

d'un grief y étant relatif et qui ne peut que rappeler « qu'en l'absence de renvoi par la Cour de cassation des QPC portant sur le caractère suffisamment précis de l'infraction d'exhibition sexuelle, le conseil constitutionnel n'a pas été en mesure de se prononcer sur la question⁵³. » Une occasion manquée ? C'est du moins ce qu'on peut déceler de l'opinion séparée de la juge Simackova, qui constate que « La société admet voire exige que le législateur discipline les femmes quant à ce qu'elles peuvent ou ne peuvent pas exhiber et utilise même les outils du droit pénal pour ce faire. En effet, les femmes n'ont pas le droit d'être habillées ni trop ni trop peu. Tout le monde est libre, mais les femmes doivent faire attention à ce qu'elles révèlent et à ce qu'elles cachent⁵⁴. »

Une solution proposée tient notamment à la redéfinition du texte qui pourrait distinguer les éléments constitutifs du délit selon que le comportement consiste en l'exhibition d'une partie du corps par nature sexuelle ou non, situation pour laquelle un dol spécial pourrait être recherché afin d'apprécier la connotation sexuelle de l'acte⁵⁵. Cette proposition a le mérite de renforcer la nécessité de l'infraction en l'amoralisant, le délit pénalisant aujourd'hui davantage le scandale et confortant en conséquence la sexualisation du corps féminin indépendamment de l'intention de la femme qui montre sa poitrine. Elle mettrait également fin à l'incohérence juridique selon laquelle le mobile sexuel de l'auteur n'a pas à être recherché, dans le respect du principe de légalité, mais son mobile militant « peut conduire à faire abstraction du trouble à l'ordre public, serait-il important, [quand] inversement, la faiblesse de ce trouble [...] ne garantit pas l'impunité⁵⁶. » Peut-être, alors, cette redéfinition rapprochera-t-elle le délit des exigences de la CEDH relatives à la qualité de la loi.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Opinion concordante préc., §9.

⁵⁵ Nicolas CATELAN, « Adam (toujours) plus fort qu'Ève : saison 2 épisode 1 », préc.

⁵⁶ Philippe CONTE, « Éléments constitutifs ; justification de l'infraction par la liberté d'expression » préc.