

Numéro du rôle : 4497
Arrêt n° 93/2009 du 4 juin 2009

A R R E T

---

*En cause* : les questions préjudicielles relatives aux articles 372 et 375 du Code pénal, posées par la Cour d'appel d'Anvers.

La Cour constitutionnelle,

composée des présidents M. Bossuyt et M. Melchior, et des juges P. Martens, E. De Groot, L. Lavrysen, A. Alen, J.-P. Snappe, J.-P. Moerman, E. Derycke et J. Spreutels, assistée du greffier P.-Y. Dutilleux, présidée par le président M. Bossuyt,

après en avoir délibéré, rend l'arrêt suivant :

\*

\*   \*   \*

### I. *Objet des questions préjudicielles et procédure*

Par arrêt du 25 juin 2008 en cause du ministère public contre M.P. et H.M., dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 9 juillet 2008, la Cour d'appel d'Anvers a posé les questions préjudicielles suivantes :

« 1. Les articles 372 et 375 du Code pénal violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'une personne majeure de sexe masculin qui a des relations sexuelles complètes (acte de pénétration sexuelle) avec une fille de plus de 14 ans et de moins de 16 ans, et ce avec le consentement de celle-ci, ne peut être punie sur la base de l'article 375 du Code pénal, alors qu'une personne majeure peut effectivement être punie sur la base de l'article 372 du Code pénal pour avoir commis certains attouchements à connotation sexuelle (attouchements à la poitrine et au pubis) sur la même fille, toujours avec son consentement, ces derniers actes étant pourtant à considérer objectivement comme moins extrêmes ?

2. Les articles 372 et 375 du Code pénal violent-ils les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'une personne majeure qui commet un acte de pénétration sexuelle sur une personne mineure de plus de 14 ans mais de moins de 16 ans, avec le consentement de celle-ci, ne peut être punie sur la base de l'article 375 du Code pénal, alors qu'une personne majeure qui commet de simples attouchements sexuels sans pénétration sur une personne mineure de plus de 14 ans mais de moins de 16 ans, avec le consentement de celle-ci, peut effectivement être punie, la pénétration sexuelle étant pourtant à considérer objectivement comme un acte plus extrême ? ».

Des mémoires ont été introduits par :

- M.P. et H.M.;
- le Conseil des ministres.

Le Conseil des ministres a également introduit un mémoire en réponse.

A l'audience publique du 11 mars 2009 :

- ont comparu :

. Me N. Van Looy *loco* Me J. Peeters, avocats au barreau de Turnhout, pour M.P. et H.M.;

. Me A. Vandaele, qui comparaisait également *loco* Me P. Peeters, avocats au barreau de Bruxelles, pour le Conseil des ministres;

- les juges-rapporteurs E. De Groot et J. Spreutels ont fait rapport;
- les avocats précités ont été entendus;
- l'affaire a été mise en délibéré.

Les dispositions de la loi spéciale du 6 janvier 1989 relatives à la procédure et à l'emploi des langues ont été appliquées.

## II. *Les faits et la procédure antérieure*

M.P. et H.M. ont été condamnés le 5 décembre 2007 par le Tribunal correctionnel de Turnhout du chef d'attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant âgé de moins de seize ans accomplis, avec la circonstance que M.P. est le beau-père de l'enfant et H.M. la mère.

M.P., H.M. et le ministère public ont interjeté appel de ce jugement devant la Cour d'appel d'Anvers. Après avoir constaté que le premier prévenu ne conteste pas avoir eu des attouchements sur sa belle-fille et avoir eu à plusieurs reprises avec elle des relations sexuelles complètes, la Cour d'appel a estimé qu'il était indiqué de poser à la Cour les questions préjudicielles reproduites plus haut.

## III. *En droit*

- A -

A.1.1. Le Conseil des ministres observe que la première question préjudicielle parle de personne majeure « de sexe masculin » alors que la seconde question préjudicielle parle uniquement de personne « majeure ». En outre, la première question parle d'attouchements à connotation sexuelle sur une « fille » alors que la seconde parle uniquement de personne « mineure ». Il estime toutefois que ces différences ne sont pas pertinentes pour le traitement de l'affaire.

A.1.2. Selon le Conseil des ministres, ce qui différencie les deux questions préjudicielles, c'est le fait que la première parle de « la même fille » alors que la seconde dit « une personne mineure ». En posant la première question, le juge *a quo* souhaite plus précisément savoir si la personne majeure qui est poursuivie sur la base de l'article 372 du Code pénal pour attentat à la pudeur commis sur un mineur âgé de quatorze à seize ans n'est pas discriminée par rapport à la personne majeure qui a eu des rapports sexuels avec « ce même » mineur, dès lors que cette dernière, du fait du consentement du mineur, n'est pas punissable en vertu de l'article 375 du Code pénal. La seconde question préjudicielle porte sur le fait de savoir si la personne majeure qui est poursuivie sur la base de l'article 372 du Code pénal pour attentat à la pudeur sur un mineur âgé de quatorze à seize ans n'est pas discriminée par rapport à la personne majeure qui a eu des rapports sexuels avec « un » mineur âgé de quatorze à seize ans, dès lors que cette dernière, du fait du consentement du mineur, n'est pas punissable en vertu de l'article 375 du Code pénal. Il découle donc du libellé de la seconde question que le mineur à l'égard duquel la personne majeure pose les actes en cause n'est pas nécessairement le même dans les deux situations à comparer.

A.2.1. Le Conseil des ministres souligne que le « délit de base » d'attentat à la pudeur est rendu punissable par l'article 373 du Code pénal, selon lequel les violences ou les menaces sont un élément constitutif du délit. L'article 372 du Code pénal punit cependant aussi l'attentat à la pudeur sans violences ni menaces, lorsque la victime n'a pas atteint l'âge de seize ans accomplis. Depuis 1845, le législateur estime que le jeune âge du mineur suffit pour punir la personne majeure en question pour un attentat à la pudeur, même sans violences ni menaces. L'article 372 du Code pénal instaure donc une fiction en ce que le comportement de la personne majeure qui commet un attentat à la pudeur sur la personne ou à l'aide de la personne d'un mineur est assimilé au comportement de la personne majeure qui commet ce crime avec violences ou menaces. Dès que l'auteur utilise effectivement la violence ou des menaces, les faits doivent être qualifiés d'attentat à la pudeur, puni par l'article 373 du Code pénal.

Le Conseil des ministres souligne encore que la limite d'âge de quatorze ans, figurant dans le Code pénal originaire de 1867, a été relevée à seize ans par la loi du 15 mai 1912 sur la protection de l'enfance et que l'âge de la victime, selon la jurisprudence de la Cour de cassation, doit être considéré comme un élément constitutif du délit et donc pas seulement comme une circonstance aggravante.

L'article 372, alinéa 1er, du Code pénal instaure par conséquent une présomption irréfragable selon laquelle un mineur âgé de moins de seize ans accomplis ne peut consentir valablement à des actes sexuels. L'accord du mineur de moins de seize ans n'est donc pas pertinent pour ce qui concerne le caractère punissable des faits visés à l'article 372 du Code pénal.

A.2.2. Le Conseil des ministres souligne également qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation et de la doctrine que l'infraction d'attentat à la pudeur, commise ou non avec violences ou menaces, n'existe que lorsque sont posés des actes d'une certaine gravité qui portent atteinte à l'intégrité sexuelle d'une personne, telle qu'elle est perçue par la conscience collective d'une société donnée à une époque déterminée. Il ne suffit donc pas que soient posés des actes que la victime ressent subjectivement comme un attentat à la pudeur; il doit être question d'une atteinte à la « notion de pudeur généralement admise par la société ».

A.3. En ce qui concerne le crime de viol défini à l'article 375 du Code pénal, le Conseil des ministres relève que, depuis la loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol, il existe une présomption irréfragable qu'un mineur âgé de moins de quatorze ans n'est pas en mesure de donner valablement son consentement. Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, cet âge est un élément constitutif du délit. Entre quatorze ans et seize ans, faute de présomption légale, il faut vérifier si le mineur a donné son consentement aux rapports sexuels. En cas de consentement valable, la personne majeure concernée ne peut être sanctionnée sur la base de l'article 375 du Code pénal.

Etant donné que le législateur, par la loi précitée du 4 juillet 1989, a fait dépendre l'incrimination de l'absence de consentement individuel, il a clairement indiqué que le crime de viol ne pouvait plus être considéré comme une infraction contre l'ordre des familles et contre la moralité publique, mais bien comme une atteinte au droit d'autodétermination sexuelle et comme une atteinte à l'intégrité de l'individu, ce qui a également été précisé explicitement au cours des travaux préparatoires.

A.4.1. Selon le Conseil des ministres, il ressort clairement de ce qui précède que le viol et l'attentat à la pudeur sont des infractions distinctes qui peuvent toutefois porter sur les mêmes faits. Le jeune de quatorze ou quinze ans qui, au sens de l'article 375, alinéa 2, du Code pénal, consent à une pénétration sexuelle ne sera pas considéré comme victime d'un viol, étant donné qu'un élément constitutif du délit fait défaut. Le juge doit toutefois examiner si ces faits ne constituent pas un attentat à la pudeur sans violences ni menaces, même si l'auteur est uniquement poursuivi pour le crime de viol. Le fait que la personne majeure concernée ne puisse être punie pour ce crime en raison du consentement du mineur âgé de quatorze à seize ans (article 375) n'implique pas que les actes posés par cette personne à l'égard de ce mineur - ou d'un autre - ne soient pas punissables en vertu de l'article 372 du Code pénal (attentat à la pudeur). En effet, le caractère punissable de l'infraction d'attentat à la pudeur est fondé sur un sentiment général de pudeur, tel qu'il est perçu à un moment donné par la société. Le constat que le mineur a donné son consentement et que, dès lors, l'intégrité sexuelle individuelle de ce mineur est respectée, n'est pas déterminant à cet égard.

Selon le Conseil des ministres, la Cour de cassation a confirmé ce point de vue dans un arrêt du 8 décembre 1981. En outre, le législateur a également confirmé cette conception au cours des travaux préparatoires de la loi précitée du 4 juillet 1989.

A.4.2. Le Conseil des ministres estime dès lors que les deux questions préjudicielles suggèrent à tort que la discrimination découlerait du fait que la personne majeure qui a eu des relations sexuelles complètes avec un mineur consentant âgé de quatorze à seize ans devrait être acquittée, cependant que ces mêmes actes ne donneraient pas lieu à des poursuites du chef d'attentat à la pudeur. En droit, il n'existe aucune différence de traitement entre les personnes majeures qui ne sont pas sanctionnées sur la base de l'article 375 du Code pénal et les personnes majeures qui sont punies sur la base de l'article 372 du Code pénal, de sorte que les questions préjudicielles manquent en fait.

A.5. Le Conseil des ministres estime par ailleurs qu'il existe une justification raisonnable à la différence de traitement à laquelle semblent faire allusion les questions préjudicielles. Le viol doit être considéré comme une atteinte au droit d'autodétermination sexuelle et à l'intégrité personnelle, tandis que l'attentat à la pudeur doit être considéré comme une atteinte au sentiment de pudeur perçu à un moment donné par la société. Alors que, dans le premier cas, il ne saurait y avoir infraction si le consentement a été valablement donné, un tel consentement n'est pas directement pertinent dans la seconde hypothèse.

Le fait que les infractions visées aux articles 372 et 375 du Code pénal ont un fondement distinct a par ailleurs été clairement confirmé au cours des travaux préparatoires de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs. Au cours de ceux-ci, il a été proposé de reformuler l'infraction d'attentat à la pudeur en manière telle que, comme c'est le cas pour le viol, l'accent soit mis sur l'atteinte à l'intégrité sexuelle. De ce fait, seuls les actes commis sur des personnes qui n'ont pas donné leur consentement auraient été punissables. Par ailleurs, il a été proposé de fixer la limite d'âge à quatorze ans, comme pour le viol. Un régime distinct aurait été applicable aux mineurs âgés de quatorze à seize ans, en ce sens qu'ils ne pourraient consentir valablement qu'à des actes à connotation sexuelle posés par des jeunes du même âge. Finalement, le législateur a toutefois décidé de conserver l'ancienne qualification du délit d'attentat à la pudeur. La limite d'âge de seize ans a également été maintenue. Les propositions ont donc été expressément rejetées.

A.6. M.P. et H.M., prévenus dans l'affaire soumise au juge *a quo*, estiment que les questions préjudicielles appellent une réponse affirmative. Ils trouvent particulièrement étrange qu'un attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur la personne d'un enfant âgé de moins de seize ans accomplis soit sanctionné, alors qu'une pénétration sexuelle chez un enfant de quatorze ans qui y a consenti ne peut être sanctionnée. Objectivement et d'un point de vue social, en comparaison de simples attouchements à connotation sexuelle, une pénétration doit être considérée comme un acte plus extrême. En effet, une pénétration a plus d'impact, tant du point de vue physique que psychique. Ils trouvent qu'il est illogique que M.P. ne pourrait être poursuivi s'il avait uniquement pénétré l'enfant mineur, étant donné que cet enfant avait donné son consentement, alors qu'il peut à présent être poursuivi pour des attouchements, même si le mineur y avait également consenti.

A.7. M.P. et H.M. estiment en outre que, compte tenu de l'évolution sociale, la limite d'âge de seize ans, pour les actes sexuels consentis, est dépassée. En effet, dans le contexte social actuel, il peut difficilement être prétendu que les jeunes ne sont en mesure de consentir à des actes sexuels qu'à partir de l'âge de seize ans.

## - B -

B.1. Depuis sa modification par l'article 6 de la loi du 28 novembre 2000 relative à la protection pénale des mineurs, l'article 372 du Code pénal dispose :

« Tout attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant de l'un ou de l'autre sexe, âgé de moins de seize ans accomplis, sera puni de la réclusion de cinq ans à dix ans.

Sera puni de la réclusion de dix à quinze ans l'attentat à la pudeur commis, sans violences ni menaces, par tout ascendant ou adoptant sur la personne ou à l'aide de la personne d'un mineur, même âgé de seize ans accomplis, mais non émancipé par le mariage. La même peine sera appliquée si le coupable est soit le frère ou la sœur de la victime mineure ou toute

personne qui occupe une position similaire au sein de la famille, soit toute personne cohabitant habituellement ou occasionnellement avec elle et qui a autorité sur elle ».

Depuis sa modification par l'article 8 de la loi précitée du 28 novembre 2000, l'article 375 du même Code dispose :

« Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas, constitue le crime de viol.

Il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte ou ruse, ou a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime.

Quiconque aura commis le crime de viol sera puni de réclusion de cinq ans à dix ans.

Si le crime a été commis sur la personne d'un mineur âgé de plus de seize ans accomplis, le coupable sera puni de la peine de la réclusion de dix à quinze ans.

Si le crime a été commis sur la personne d'un enfant âgé de plus de quatorze ans accomplis et de moins de seize ans accomplis, le coupable sera puni de la peine de la réclusion de quinze à vingt ans.

Est réputé viol à l'aide de violences tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis. Dans ce cas, la peine sera la réclusion de quinze à vingt ans.

Elle sera de la réclusion de vingt ans à trente ans si l'enfant était âgé de moins de dix ans accomplis ».

B.2. Bien qu'elles soient formulées de manière quelque peu différente, les deux questions préjudicielles tendent essentiellement à savoir si les articles 372 et 375 du Code pénal sont compatibles avec les articles 10 et 11 de la Constitution en ce qu'une personne majeure qui commet un acte de pénétration sexuelle sur un mineur âgé de plus de quatorze ans mais n'ayant pas atteint l'âge de seize ans ne peut être sanctionnée sur la base de l'article 375 du Code pénal lorsque le mineur est consentant, alors que, pour des attouchements sexuels, sans pénétration, sur un mineur âgé de plus de quatorze ans mais n'ayant pas atteint l'âge de seize ans, une personne majeure peut être punie sur la base de l'article 372 du Code pénal, même lorsque le mineur est consentant, compte tenu de ce que la pénétration est un acte plus grave que les attouchements sexuels.

Il peut être répondu conjointement aux deux questions préjudicielles.

B.3.1. Selon l'alinéa 1er de l'article 372 du Code pénal, tout attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces sur la personne ou à l'aide de la personne d'un enfant âgé de moins de seize ans accomplis est puni de la réclusion de cinq ans à dix ans. Selon l'alinéa 2, qui s'applique lorsque la victime mineure est « âgé[e] de seize ans accomplis, mais non émancipé[e] par le mariage », l'attentat à la pudeur commis sans violences ni menaces par un auteur qui présente un certain lien avec la victime est puni de la réclusion de dix à quinze ans.

B.3.2. Il résulte des termes « sans violences ni menaces » que l'infraction d'attentat à la pudeur peut exister même lorsque la victime a consenti aux actes en question.

B.4.1. Selon l'alinéa 1er de l'article 375 du Code pénal, le viol est tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur une personne qui n'y consent pas. Selon l'alinéa 2, il n'y a pas consentement notamment lorsque l'acte a été imposé par violence, contrainte ou ruse, ou a été rendu possible en raison d'une infirmité ou d'une déficience physique ou mentale de la victime. Les alinéas suivants déterminent la peine applicable, qui est plus lourde en fonction de l'âge de la victime, une distinction étant établie entre les personnes majeures, les mineurs âgés de seize ans accomplis, les mineurs âgés de quatorze à seize ans et les mineurs n'ayant pas atteint l'âge de dix ans accomplis.

L'alinéa 6 de l'article 375 du Code pénal dispose en outre qu'est réputé viol à l'aide de violences tout acte de pénétration sexuelle de quelque nature qu'il soit et par quelque moyen que ce soit, commis sur la personne d'un enfant qui n'a pas atteint l'âge de quatorze ans accomplis.

B.4.2. Il découle de l'article 375 du Code pénal qu'il n'y a pas viol lorsque la personne concernée est âgée de quatorze ans accomplis et consent volontairement et consciemment à la pénétration sexuelle.

B.5.1. Le crime de viol, tel qu'il est actuellement défini dans le Code pénal, trouve son origine dans la loi du 4 juillet 1989 modifiant certaines dispositions relatives au crime de viol.

B.5.2. Selon les travaux préparatoires de cette loi, les « mentalités à propos du viol et de l'attitude à adopter à l'égard des victimes » avaient évolué en ce sens que le délit devait désormais être considéré « comme une atteinte à l'intégrité de la personne humaine et non plus seulement comme une offense à l'ordre des familles et à la moralité publique » (*Doc. parl., Chambre, 1988-1989, n° 702/4, p. 2*). C'est pourquoi la définition insistait « sur l'élément essentiel de l'infraction qui est l'absence de consentement de la victime » (*Doc. parl., Chambre, 1981-1982, n° 166/8, p. 4*).

B.5.3. Relativement à l'acte de pénétration sexuelle commis sur un mineur âgé de moins de seize ans, les travaux préparatoires précisent :

« Qualifier de viol, et par conséquent punir de peines très sévères, les relations sexuelles avec une personne âgée de moins de seize ans sous prétexte que ces relations ne sont jamais consenties, serait excessif. La loi punit certes l'attentat à la pudeur, même ' commis sans violences ni menaces ', sur une victime de moins de seize ans (art. 372). Dire pour autant qu'à cet âge, le consentement n'existe pas, relève de la fiction, aujourd'hui plus encore qu'autrefois. Les termes de la loi n'imposent d'ailleurs pas cette fiction. Ils impliquent seulement qu'à cet âge, le consentement est irrelevante, ce qui n'est pas synonyme d'inexistant.

[...]

Il peut arriver que l'absence réelle de consentement soit un effet de la naïveté plus ou moins liée à l'âge, mais entre quatorze et seize ans cette absence de consentement doit être prouvée dans chaque cas. Si elle n'est pas établie, et même s'il est certain qu'il y a eu consentement, les dispositions relatives à l'attentat à la pudeur s'appliqueront chaque fois que les poursuites seront jugées opportunes, mais non les dispositions relatives au viol.

[...]



Il faut tenir compte de l'évolution des jeunes de 14 à 16 ans et ne pas automatiquement qualifier de viol un acte où le consentement n'est pas absent. Défendre une présomption selon laquelle le consentement du mineur de 14 à 16 ans est irrelevante relève de la fiction. Il faut de surcroît en cette matière ne pas confondre le viol et l'attentat à la pudeur » (*Doc. parl., Chambre, 1981-1982, n° 166/8, pp. 6-7*).

B.6. Le législateur a pu raisonnablement prévoir que les peines particulièrement sévères qui sanctionnent le viol, crime qui requiert, en règle, une pénétration sexuelle non consentie, ne s'appliquent pas dans le cas où le mineur âgé de quatorze à seize ans a donné son consentement à la pénétration sexuelle.

En revanche, le législateur n'a pas voulu qu'un tel comportement ne soit pas punissable. En effet, un acte de pénétration sexuelle commis sur la personne d'un mineur âgé de quatorze à seize ans peut, selon les circonstances, constituer un attentat à la pudeur, même si la victime y a consenti librement et volontairement.

B.7. Les questions préjudicielles appellent une réponse négative.

Par ces motifs,

la Cour

dit pour droit :

Les articles 372 et 375 du Code pénal ne violent pas les articles 10 et 11 de la Constitution.

Ainsi prononcé en langue néerlandaise et en langue française, conformément à l'article 65 de la loi spéciale du 6 janvier 1989, à l'audience publique du 4 juin 2009.

Le greffier,

Le président,

P.-Y. Dutilleux

M. Bossuyt