L'éclipse du harcèlement sexuel

(Commentaire Conseil constitutionnel, 4 mai 2012, n° 2012-240)

par Béatrice LAPÉROU-SCHENEIDER

Maître de conférences – HDR – Directrice du Master droit contentieux –
Université de Franche-Comté

Feu l'incrimination de harcèlement sexuel a eu une existence mouvementée. Après avoir fait son entrée en 1992, simultanément dans le code pénal (art. 222-33) ¹ et dans le code du travail (actuels art. combinés L. 1153-1 et L. 1155-2) ², elle a fait l'objet d'une première extension – le législateur ajoutant un moyen supplémentaire de harcèlement sexuel à travers les « pressions graves » ³. Toujours dans cette volonté de vouloir embrasser davantage de situations, le législateur a en 2002 réduit l'élément légal comme peau de chagrin ⁴. Pour ce faire, il a supprimé la condition tenant à un abus d'autorité du harceleur – le harcèlement sexuel pouvant ainsi être caractérisé dans toute relation humaine et non seulement dans les relations hiérarchiques – mais il est allé encore plus loin en effaçant toute référence aux moyens qu'étaient alors les « ordres », « menaces », « contraintes » ou « pressions graves ». L'idée était-elle de rapprocher le harcèlement sexuel de la nouvelle, à l'époque, incrimination de harcèlement moral créée par cette même loi ⁵ et qui ne fait référence à une relation hiérarchique ⁶, ni ne donne de liste limitative des moyens pouvant être utilisés pour harceler ? Toujours est-il que, ce faisant, il a sorti l'in-

crimination des rails de la légalité criminelle, l'exposant à la censure du Conseil constitutionnel.

Par une décision du 29 février 2012 la chambre criminelle de la Cour de cassation jugeait sérieuse la question prioritaire de constitutionnalité portant sur la légalité de l'incrimination de harcèlement sexuel de l'article 222-33 du code pénal ⁷. Sur le fondement de l'article 61-1 de la Constitution, elle a alors saisi le Conseil constitutionnel qui, par une retentissante décision du 4 mai 2012, a déclaré inconstitutionnelle ladite incrimination, vingt ans après sa création et dix ans après son extension ⁸. Il a considéré « que l'article 222-33 du code pénal permet que le délit de harcèlement sexuel soit punissable sans que les éléments constitutifs de l'infraction soient suffisamment définis ; qu'ainsi, ces dispositions méconnaissent le principe de la légalité des délits et des peines et doivent être déclarées contraires à la Constitution » (considérant 5).

Au jour où nous écrivons ces lignes, l'incrimination de harcèlement sexuel n'existe plus (I.), mais déjà, dans les coulisses, le législateur est à l'œuvre (II.)...

(1) L'article disposait alors : « Le fait de harceler autrui en usant d'ordres, de menaces ou de contraintes, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions, est puni... ».

(2) L. n° 92-684, 22 juill. 1992.

(3) L. n° 98-468, 17 juin 1998 (art. 11).

(4) L. n° 2002-73, 17 janv. 2002 (art. 179).

(5) Le harcèlement moral a ainsi fait sa double entrée dans le code pénal (art. 222-33-2) et dans le code du travail (art. L. 1152-1, anc. art. L. 122-49, al. 1^{er}).

(6) V. sur ce point : Rapport fait au nom de la commission des affaires culturelles, familiales et sociales sur le projet de loi de modernisation sociale, Assemblée nationale, XI^e législature, n° 3385, 14 nov. 2001.

(7) Crim., 29 févr. 2012, n° 11-85.377, Dr. pénal 2012. Comm. 48, note M. Véron.

(8) Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240 QPC, S. Detraz, Harcèlement sexuel : justification et portée de l'inconstitutionnalité, D. 2012. 1372 ; G. Roujou de Boubée, Harcèlement sexuel, Valmont doit-il aller en prison ? D. 2012. 1344 ; Ch. Radé, Abrogation du délit de harcèlement sexuel : quelles conséquences en droit du travail ? D. 2012. Entretien 1392 ; A. Lepage, À propos de l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal, JCP 2012. 662 ; R. Parizot, Exit le délit-tautologie de harcèlement sexuel, LPA 2012, n° 104, p. 3 ; F. Kerebel, Abrogation du délit de harcèlement sexuel : une décision courageuse, Gaz. Pal. 2012, n° 138, p. 9 ; D. Guérin, Le harcèlement sexuel : une copie à refaire pour le législateur, Dr. pénal 2012. Étude 12 ; Dr. pénal 2012, comm. 83, note M. Véron.

I. — LE HARCÈLEMENT SEXUEL EST MORT...

A — LES CAUSES DE LA CENSURE

Les griefs contenus dans la question prioritaire de constitutionnalité portaient, non pas sur le bien-fondé de l'incrimination, mais sur le fait que le législateur s'était « abstenu de définir le ou les actes qui doivent être regardés [...] comme constitutifs de harcèlement sexuel »⁹. Une lecture rapide de l'incrimination révélait effectivement que le harcèlement sexuel était défini à l'article 222-33 du code pénal comme « le fait de harceler autrui » sans précisions supplémentaires sur le caractère ou la nature des agissements concernés, ni sur les circonstances.

Le Conseil constitutionnel a sans surprise considéré que l'incrimination méconnaissait le principe de la légalité criminelle, énoncé aux articles 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et 111-3, alinéa 1^{er}, du code pénal, duquel découle l'obligation pour le législateur d'édicter des textes clairs et précis et qui a pour objet de protéger le justiciable contre tout arbitraire du juge. On ne peut en ce sens que considérer que le conseil constitutionnel n'a fait que son travail, sans porter aucune appréciation sur l'opportunité d'incriminer de tels actes.

Une partie de la doctrine s'était déjà inquiétée de la situation, considérant que le harcèlement sexuel n'était « quasiment plus défini »¹⁰ car outre sa finalité — l'obtention de faveurs sexuelles, notion d'ailleurs assez floue — rien ne permettait d'en définir l'élément matériel¹¹. Ceci laissait dès lors « les juges maîtres de la détermination des contours de l'infraction »¹².

Certes, les décisions rendues en la matière avaient permis pour l'essentiel de délimiter, de manière raisonnable et cohérente semble-t-il, les contours de l'incrimination¹³, de sorte qu'il était tentant de considérer que la situation était loin d'être alarmante et qu'avant de s'attaquer à cette incrimination, le juge de la constitutionnalité et le législateur avaient d'autres tâches plus urgentes à accomplir. À l'appui de cette analyse¹⁴, il a été rappelé à juste titre que le Conseil constitutionnel a déjà rejeté certaines questions prioritaires de constitutionnalité fondées sur l'absence de clarté des textes et donc sur la violation du principe de la légalité¹⁵. Les justifications alors retenues étaient que les termes liti-

gieux « avaient été repris »¹⁶ d'autres incriminations ou circonstances aggravantes existant depuis longtemps dans le code pénal et que la jurisprudence « avait apporté des précisions complémentaires utiles pour caractériser » le terme litigieux¹⁷ ou encore que « l'emploi des termes avait pour objet de laisser au juge une certaine marge d'appréciation »¹⁸.

Le Conseil constitutionnel n'a pas ici jugé opportun de faire sien cette analyse pratique. Il s'est référé aux principes fondamentaux de la matière pénale et notamment au principe de la légalité criminelle dont l'un des corollaires est d'interdire au juge tout rôle créateur. Aussi, ce qui l'a amené à censurer le texte est que le cadre même de l'incrimination n'était ni clair, ni précis¹⁹, et que cette situation rendait impossible toute prévisibilité juridique et portait ainsi atteinte au principe de sécurité juridique. Le juge doit, il est certain, détenir une certaine marge d'appréciation et d'interprétation de la loi qui ne peut qu'être générale, mais cette mission ne peut être remplie qu'à la condition que le législateur définisse au moins de manière générale les contours de l'incrimination par l'utilisation de termes auxquels le juge doit par la suite donner une consistance. Ainsi, s'il revient bien au juge répressif d'interpréter les termes mêmes de l'incrimination, il ne lui appartient pas de les choisir. Cette affirmation nous semble d'autant plus vraie lorsque l'incrimination vise des comportements d'ordre essentiellement subjectif, donc sujets à discussion.

La censure peut sembler sévère lorsque l'on se rappelle, comme l'a fait le Premier ministre lors des débats, que « les dispositions de l'article 222-33-2 définissant le harcèlement moral [...] n'énumèrent pas non plus les moyens de harcèlement » et qu'elles ont pourtant été déclarées conformes à la Constitution en 2002²⁰. À cette remarque, il est répondu que deux précisions figurent dans l'incrimination de harcèlement moral et non dans celle de harcèlement sexuel²¹.

La première concerne le caractère répétitif des actes. Tandis que cette exigence ne souffre aucun débat pour le harcèlement moral du fait de sa mention expresse à l'article 222-33-2 du code pénal, le silence de l'article 222-33 amène une partie de la doctrine à considérer que le harcèlement sexuel n'implique pas systématiquement la répétition d'agissements et qu'un seul acte grave à connotation sexuelle peut constituer le délit de harcèlement sexuel²². Ce raisonnement dérange non

(9) Crim., 29 févr. 2012, préc.

(10) V. Malabat, Droit pénal spécial, Dalloz, 2011, n° 356.

(11) D. Roets, L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel, D. 2002. 2059 ; Ph. Conte, Une nouvelle fleur législative : le crime en boutons. À propos de la nouvelle définition du harcèlement sexuel, JCP 2002. Actu. 320.

(12) Cœuret et E. Fortis, Droit pénal du travail, LexisNexis, 5^e éd., 2012, n° 587.

(13) V. en ce sens : D. Guérin, préc.

(14) V. not. S. Detraz, préc.

(15) Principe qu'il convient de distinguer du principe d'ordre civil de clarté et d'intelligibilité : v. *infra*.

(16) À propos de la notion de groupement : Cons. const., n° 2010-604 DC, 25 févr. 2012, cons. 9.

(17) À propos de la notion de bandes organisées : Cons. const., n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, cons. 13.

(18) À propos du harcèlement moral : Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, cons. 62 à 67, AJDA 2002. 1163, étude F. Reneaud ; D. 2003. 1129, obs. L. Gay ; *ibid.* 2002. 1439, chron. B. Mathieu ; RSC 2002. 673, obs. V. Bück.

(19) V. Malabat a d'ailleurs écrit qu'au regard de la définition de harcèlement (compris moral et sexuel) « il revient donc au juge pénal [...] de donner un contenu intelligible à ces incriminations » : À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement, Dr. soc. 2003. 491.

(20) Cons. const., n° 2001-455 DC, 12 janv. 2002, cons. 83.

(21) V. le commentaire de la décision n° 2012-240 QPC aux Cahiers du Conseil constitutionnel, p. 11.

(22) V. Malabat, Droit pénal spécial, Dalloz, 2011, n° 358 ; du même auteur, À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement, préc. ; v. aussi G. Roujou de Boubée qui remarque toutefois que « la question n'est pas tranchée », préc.

pas par ses conséquences pratiques mais parce qu'il amène à considérer que lorsqu'ils sont appliqués à la matière pénale certains mots perdent leur sens commun et qu'il convient de les redéfinir²³. Aussi, cette précision peut être considérée comme n'en étant pas vraiment une.

La seconde précision résiderait dans le fait que les agissements ne constituent un cas de harcèlement moral que s'ils « ont eu pour effet (pour la victime) une dégradation de ses conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité, d'altérer sa santé physique ou mentale ou de compromettre son avenir professionnel »²⁴. Ici la portée du harcèlement moral semble être réduite puisque cet argument fait abstraction du fait que le texte utilise l'expression déjà maintes fois commentée « ont eu pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail... ». Or, le fait d'avoir « pour objet » une telle dégradation implique que cette dernière n'a pas forcément eu lieu et que le harcèlement moral peut être retenu par la seule preuve que l'objectif, le but du harceleur, était de dégrader les conditions de travail de sa victime. C'est en ce sens que s'est d'ailleurs récemment prononcée la Cour de cassation²⁵. L'incrimination de harcèlement moral aurait donc pu tout aussi bien être rédigée de la manière suivante « dans le but (ou ayant pour effet) de dégrader les conditions de travail... ». On peut dès lors considérer que cette incrimination est sur ce plan en partie identique à celle du harcèlement sexuel qui prévoyait que le délit était constitué lorsque les agissements (non définis certes) étaient commis « dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle ». Or cette « caractérisation du but poursuivi par l'auteur relève [...] de l'élément moral »²⁶; manque donc la précision concernant l'élément matériel, qui, même si l'on exige qu'il soit répété, n'est toujours pas défini !

Aussi ce qui fait défaut dans ces deux incriminations est l'apport de précisions concernant l'acte matériel.

B — LES EFFETS DE LA CENSURE

En application du principe selon lequel la déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire de constitutionnalité et de l'article 62, alinéa 2, de la Constitution qui laisse au Conseil constitutionnel toute liberté pour fixer la date d'effet de sa décision d'inconstitutionnalité, le Conseil a décidé de donner un effet immédiat à sa décision d'abrogation de l'article 222-33 du code pénal, c'est-à-dire à compter de la publication de sa décision au Journal officiel, soit le

5 mai 2012. La situation entraîne au plan pénal les conséquences suivantes.

D'abord, cette décision empêche de continuer toute poursuite en cours fondée sur l'article 222-33 du code pénal. Pour celles-ci, si les conditions d'une autre qualification sont réunies, le juge doit procéder à une requalification des faits. Il est en effet saisi *in rem* et est tenu de donner aux faits leur exacte qualification sous réserve de permettre au prévenu d'organiser sa défense.

Quant au nouveau fondement pouvant être envisagé, celui du harcèlement sexuel de l'article L. 1155-2 du code du travail (combiné avec l'art. L. 1153-1 du même code) semble évidemment exclu tant il est fortement probable que le scénario de l'engagement d'une question prioritaire de constitutionnalité se répéterait dans la mesure où l'incrimination n'est pas plus précise que celle qui figurait dans le code pénal²⁷. Le ministère de la Justice recommande d'ailleurs aux parquets, dans la circulaire du 10 mai 2012 destinée aux magistrats, de privilégier les poursuites sous d'autres qualifications lorsque les conditions sont réunies²⁸.

D'autres fondements sont ainsi envisageables de sorte qu'il semble inapproprié²⁹ de parler de « vide juridique »³⁰. On peut ainsi penser au délit de discrimination dans la mesure où les directives européennes 2000/73/CE, 2004/113/CE, 2006/54/CE et 2010/41/UE relatives à l'égalité entre les hommes et les femmes précisent que le harcèlement et le harcèlement sexuel doivent être considérés comme des discriminations. Mais peuvent également être envisagés dans le code pénal la tentative d'agressions sexuelles (art. 222-27), le harcèlement moral si l'on fait abstraction de la connotation sexuelle (art. 222-33-2), les menaces (art. 222-17), les appels téléphoniques malveillants (art. 222-16) ou encore les violences – morales en l'espèce – (art. 222-11 s.).

Ensuite, en cas de condamnation définitive du chef de harcèlement sexuel, une application rigoureuse du principe de la légalité criminelle et de son corollaire relatif à l'application de la loi pénale dans le temps devrait conduire à mettre fin à l'exécution en cours des condamnations déjà prononcées. Dans le même sens, la mention de la condamnation du chef de harcèlement sexuel ne devrait plus figurer au casier judiciaire.

La situation serait délicate en pratique dans la mesure où se poserait inévitablement la question de la possibilité d'engager de nouvelles poursuites pénales pour les mêmes faits mais sous une nouvelle qualification. En effet, outre l'obstacle tenant à la prescription éventuelle de l'action publique, la règle *non bis in idem*,

(23) V. égal. en ce sens : S. Detraz, préc.

(24) V. le commentaire aux Cahiers, p. 11.

(25) Crim., 6 déc. 2011, n° 10-82.66, Bull. crim. n° 249 ; Dr. pénal 2012. Comm. 26, obs. A. Maron ; AJP 2012. 97, obs. J. Gallois ; D. 2012. 225, obs. C. Girault ; RJS 3/12, n° 216 ; P. Mistretta, Les leçons de droit pénal de la Cour de cassation, JCP 2012. 410.

(26) V. Malabat, Droit pénal spécial, préc., n° 359.

(27) Précisons toutefois que l'article L. 1153-1 du code du travail ne semble pas exposé à une telle censure, puisque bien que définissant le harcèlement sexuel de manière aussi sommaire que l'ancien article 222-33 du code pénal, il ne

constitue pas un texte répressif et est donc de ce fait soumis au seul principe d'ordre civil de la clarté et de l'intelligibilité des textes, principe qui n'est qu'un objectif de valeur constitutionnelle (Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DONC, préc.) et non un droit comme l'est le principe de la légalité criminelle, v. en ce sens : Ch. Radé, préc.

(28) La remarque s'applique également pour les poursuites en cours fondées sur les articles du code du travail : Circ. CRIM-AP n° 10-780-D2, 10 mai 2012.

(29) V. en ce sens, M. Véron, note préc.

(30) Affirmation figurant dans plusieurs propositions de loi relatives à la réécriture du délit de harcèlement sexuel.

même si elle ne s'applique que de façon incomplète en matière correctionnelle³¹, risquerait d'empêcher toute nouvelle poursuite.

Aussi, et eu égard à la « réapparition » très prochaine du délit de harcèlement sexuel, le ministère de la Justice a précisé dans la circulaire du 10 mai 2012 que les décisions rendues à la date du 5 mai et ayant acquis un caractère définitif ne sont pas remises en cause par l'abrogation, tant en ce qui concerne leur exécution que leur inscription au casier judiciaire³². Les condamnations devront donc être exécutées et aucune radiation du casier ne pourra avoir lieu³³.

Malgré toutes ces précisions, la situation est délicate et le législateur travaille actuellement à l'élaboration de la nouvelle incrimination de harcèlement sexuel.

II. — VIVE LE HARCÈLEMENT SEXUEL !

La nécessité de créer une nouvelle incrimination de harcèlement sexuel s'explique au plan européen par la position de l'Union européenne qui impose d'interdire le harcèlement sexuel³⁴ et au plan interne par l'article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 selon lequel « nul ne sera soumis à la torture, ni à des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ». Au plan de la politique criminelle, cette réécriture semble aujourd'hui une évidence. Pour ces raisons, le Sénat a³⁵ très rapidement mis en place un groupe de travail, dès le 23 mai 2012. Aujourd'hui les propositions de loi sont nombreuses et un projet de loi a été présenté au Conseil des ministres le 15 juin 2012³⁶. Pour les raisons exposées précédemment cette réécriture de l'article 222-33 du code pénal devrait s'accompagner de celle de l'article L. 1153-1 du code du travail et d'une harmonisation des deux textes. Comme le relèvent les commentaires aux Cahiers du Conseil constitutionnel « si ces [dernières] dispositions ne sont pas contestées, elles sont nécessairement liées au sort de la question prioritaire de constitutionnalité puisque leur contenu est proche de celui de la disposition contestée ». Pour ces mêmes raisons, l'article 6 *ter* de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires devrait également être modifié. Ce travail implique, avant même de réfléchir aux éléments constitutifs qu'il conviendra de retenir, de s'interroger sur l'objet du harcèlement sexuel.

A — FAUT-IL REPENSER L'OBJET DU HARCÈLEMENT SEXUEL ?

La réécriture de l'incrimination de harcèlement sexuel peut suivre deux orientations selon que l'on considère qu'un tel comportement porte atteinte à la dignité de la personne ou principalement, voire exclusivement, à son intégrité sexuelle.

Jusqu'à-là, c'est cette dernière approche que le législateur avait faite sienne puisque le délit de harcèlement sexuel figurait dans le code pénal aux côtés de l'exhibition sexuelle dans un paragraphe dont l'intitulé reprenait (reprend encore d'ailleurs) la dénomination des deux incriminations et que les deux autres incriminations de harcèlement³⁷ – moral en l'espèce – sont, elles, placées dans une autre section consacrée exclusivement au harcèlement moral.

Si l'on réfléchit à ce qui rapproche le harcèlement et l'exhibition sexuels, on peut penser aux deux critères que sont le défaut de contact physique et la connotation sexuelle. Mais, tandis que dans l'exhibition sexuelle il y a systématiquement un acte matériel objectivement constatable, le harcèlement sexuel peut être caractérisé par des actes plus subjectifs, moins patents³⁸. Aussi c'est à notre sens davantage la nature morale – au sens de violences morales – le caractère dégradant et humiliant du harcèlement sexuel, qui lui donne sa consistance et explique qu'il doive figurer parmi les comportements portant atteinte à la dignité³⁹. C'est d'ailleurs en ce sens que se prononce l'actuel projet de loi relatif au harcèlement sexuel qui prévoit dans le futur article 222-33-I du code pénal que les actes de harcèlement sexuel sont des faits qui peuvent porter « atteinte à la [sa] dignité en raison de leur caractère dégradant ou humiliant... ». Pour cette raison, il peut sembler intéressant d'envisager une nouvelle approche du harcèlement sexuel.

Outre la terminologie, certaines similitudes poussent en effet à faire le parallèle entre harcèlements moral et sexuel et à s'interroger sur leur possible « rapprochement ». Certains auteurs ont d'ailleurs parlé d'infractions « jumelles »⁴⁰, d'autres, de manière plus nuancée, ont parlé de « similitudes »⁴¹.

Sur la forme, on relèvera d'abord que le code du travail a déjà œuvré matériellement dans le sens d'un rapprochement de ces deux infractions en les traitant dans un titre unique intitulé « harcèlements ». À l'intérieur de ce titre, les deux incriminations sont envisagées dans

(31) Cette règle, énoncée à l'article 368 du code de procédure pénale, ne vise en effet expressément que les décisions d'acquiescement prononcées par les cours d'assises ; v. sur ce point la thèse de J. Lelieur, La règle *ne bis in idem* : du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, Paris I, 2005.

(32) Une circulaire si bien pensée soit-elle reste cependant une circulaire et il n'est pas impossible que cette situation, si elle perdure trop, donne lieu à certains recours fondés sur le principe de l'application de la loi pénale dans le temps.

(33) Circ. préc.

(34) En tant que discrimination spécifique : v. les dir. préc.

(35) À l'initiative des trois commissions directement concernées par ce sujet que sont les commissions des lois, des affaires sociales et de la délégation aux droits des femmes.

(36) Succinctement on précisera que ce projet prévoit, outre une nouvelle définition du harcèlement sexuel (v. *infra*), la création de circonstances aggravantes tenant à la victime et au nombre d'auteurs ou de complices (art. 222-33-III), la mise en place d'une nouvelle infraction assimilée au harcèlement sexuel (art. 222-33-II), ainsi que la création d'un nouveau cas de discrimination tenant à des distinctions fondées sur des agissements de harcèlement sexuel. La modification des dispositions du code du travail y est également envisagée.

(37) C. pén., art. 222-33-2 et 222-33-2-1.

(38) Tel est le cas d'allusions d'ordre sexuel.

(39) V. en ce même sens : G. Roujou de Boubée, préc.

(40) F. Kerebel, préc.

(41) V. Malabat, À la recherche du sens du droit pénal du harcèlement, préc.

des chapitres distincts ne présentant pas d'interférences, mais les chapitres consacrés aux actions en justice et aux dispositions pénales sont communs.

Au fond, on remarquera qu'à l'image du harcèlement moral qui par définition exclut toute violence physique, le harcèlement sexuel semble devoir ne pas être retenu en cas de contact physique⁴². Dans de telles hypothèses, en effet, les juges se reportent sur d'autres qualifications relevant de l'agression (C. pén., art. 227-27 s.) ou de l'atteinte sexuelle (C. pén., art. 227-25 s.)⁴³.

On le voit, les incriminations sont assez proches et on peut s'interroger sur le point de savoir si, finalement, cette accumulation de textes ayant tous pour objet d'incriminer des comportements voisins ne portait pas atteinte à un principe corollaire de la légalité criminelle, celui de la stricte économie de la norme pénale. Partant, il semble intéressant de réfléchir à la possibilité de repenser l'incrimination du harcèlement sexuel en même temps que celle de harcèlement moral – qui on l'a vu n'est pas exempte de critiques⁴⁴. D'abord, sur un plan purement formel, il pourrait être procédé au « réagencement » du code pénal en consacrant une section unique, commune aux diverses hypothèses de harcèlement. Cette restructuration impliquerait ensuite de remodeler au fond l'ensemble des incriminations de harcèlement en les liant entre elles pour en faire une incrimination unique qui se déclinerait en diverses variantes selon les victimes et les intérêts lésés et selon la connotation spécifique du harcèlement. Le travail est d'ampleur et il est peu probable aujourd'hui que le législateur prenne le temps de la réflexion, on pourra le regretter.

B — QUELS ÉLÉMENTS POUR CARACTÉRISER LE HARCÈLEMENT SEXUEL ?

Quelques pistes de réflexion sont apportées dans le commentaire des Cahiers du Conseil constitutionnel qui précise que « la définition du délit de harcèlement sexuel n'est pas subordonnée à l'insertion de précisions relatives, à la fois à la nature, aux modalités et aux circonstances des agissements réprimés. Mais, à tout le moins, une de ces précisions serait nécessaire pour que la définition de ce délit satisfasse à l'exigence de précision de la loi pénale. Le Conseil n'a ainsi pas imposé

un retour à la définition du harcèlement sexuel résultant de la loi du 29 juillet 1992 »⁴⁵.

La définition du harcèlement sexuel proposée à l'article 2.1 de la directive européenne du 5 juillet 2006⁴⁶ relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail⁴⁷ offre également quelques éléments de discussion. Elle prévoit que constitue un cas de harcèlement sexuel « la situation dans laquelle un comportement non désiré à connotation sexuelle, s'exprimant physiquement, verbalement ou non verbalement, survient avec pour objet ou pour effet de porter atteinte à la dignité d'une personne et, en particulier, de créer un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant ».

Plusieurs options s'offrent au législateur. Pour s'en tenir aux principales orientations, il semble utile de discuter des points suivants.

Le premier amènera à se demander s'il convient de revenir au *statu quo ante* en s'inspirant de la rédaction issue de la loi du 17 juin 1998 et de reprendre une énumération des moyens propres à procéder à un harcèlement sexuel⁴⁸. L'avantage de cette solution est qu'elle permet de cerner en partie le profil des actes de harcèlement sexuel. Reste alors à reprendre une réflexion sur le degré de précision des termes tendant à définir ces moyens et corrélativement sur leur nature – physique et/ou verbale – et leur caractère, révélant systématiquement ou non l'existence d'une pression grave.

La seconde interrogation devrait amener à se pencher sur la possibilité de prévoir, à l'image de ce qui existe pour le harcèlement moral, les conséquences des actes de harcèlement sexuel. Cet aspect des choses devrait amener le législateur outre à se prononcer sur l'objet du harcèlement sexuel – protection de l'intégrité sexuelle ou de la dignité – à décrire le climat engendré par les actes incriminés – climat qui pourrait être qualifié d'« intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant »⁴⁹.

Il conviendrait également de s'interroger sur la nécessité de maintenir ou non la référence à la recherche de « faveurs sexuelles », expression vague ayant pour principal effet d'exclure du champ du harcèlement sexuel les hypothèses dans lesquelles sans

(42) V. Crim., 10 nov. 2004, Bull. crim., n° 280 ; AJ pénal 2005. 72, obs. P. Remillieux ; Dr. pénal 2005. Comm. 53, obs. M. Véron ; RSC 2005. 78, obs. Y. Mayaud ; v. égal. en ce sens : Ph. Conte, préc. ; V. Malabat, Droit pénal spécial, préc., n° 358.

(43) Crim., 10 nov. 2004, n° 03-87.986 : cassation d'un arrêt de condamnation du chef de harcèlement sexuel au motif que la cour d'appel en retenant qu'un enseignant, qui avait déclaré à une élève qu'il l'aimait, lui avait demandé de la rejoindre dans son bureau et l'avait embrassée à trois reprises, était coupable de l'infraction sans « caractériser en quoi le prévenu avait harcelé la jeune fille dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle [...] sans rechercher si les faits n'étaient pas susceptibles de revêtir la qualification d'atteinte sexuelle ».

(44) D'ailleurs le tribunal correctionnel d'Épinal a transmis une QPC portant sur le délit de harcèlement moral dans un jugement rendu le 10 mai 2012, n° minute 910/2012. Nous pensons cependant que cette QPC a peu de chance d'aboutir puisque le Conseil constitutionnel s'est déjà prononcé sur la

conformité de l'incrimination de harcèlement moral dans sa décision rendue le 12 janv. 2002 (v. *supra*) et qu'aucun changement de circonstances – ni de droit ni de fait – ne semble pouvoir valablement être invoqué.

(45) Commentaire de la décision n° 2012-240 QPC, préc., p. 11.

(46) Dir. n° 2006/54/CE ; v. aussi les directives 2000/73/CE et 2004/113/CE.

(47) Et qui d'ailleurs n'a pas été reprise dans la loi de transposition n° 2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations.

(48) C'est d'ailleurs en ce sens qu'est rédigée la proposition n° 539 du 15 mai 2012 : « Le harcèlement sexuel est le fait d'user de menaces, d'intimidations ou de contrainte ou d'exercer des pressions de toute nature dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » ; v. égal. en ce sens Ch. Radé, préc.

(49) V. not. la proposition de loi n° 540 du 16 mai 2012.

même avoir d'intention sexuelle, l'auteur des faits se révèle particulièrement attiré par des allusions d'ordre sexuel créant ainsi une ambiance pesante et malsaine ; il s'agirait alors d'une sorte de « harcèlement d'ambiance »⁵⁰. La référence à des agissements à « connotation sexuelle » permettrait d'élargir l'incrimination en englobant ce type de comportements.

Enfin, et comme il a déjà été dit précédemment, une réflexion devrait être menée sur la nécessité d'exiger le caractère répétitif des actes et en cas de réponse négative de s'interroger sur la pertinence du terme « harcèlement »⁵¹. Sur cette question, on relèvera l'intéressante distinction opérée par le projet de loi du 15 juin 2012 qui prévoit d'abord que le harcèlement sexuel implique systématiquement, à l'image du harcèlement

moral, la répétition de gestes, propos ou de tous actes et envisage ensuite la création d'un délit assimilé au harcèlement sexuel mais plus sévèrement puni⁵², qui n'exigerait pas cette répétition en raison de la gravité particulière de l'acte poursuivi qui devrait être « accompagné » (l'expression « devrait consister » nous paraît plus appropriée) « d'ordres, de menaces, de contraintes ou de toute autre forme de pression grave accomplis dans le but réel ou apparent d'obtenir une relation de nature sexuelle... ». Cette version, qui nécessite certes quelques ajustements, notamment à notre sens le retour au singulier des termes utilisés, présente pour avantage certain de maintenir au terme harcèlement son sens commun ce qui ne peut que favoriser la compréhension et l'accessibilité du droit ■

(50) V. la proposition de loi n° 558 du 25 mai 2012.

(51) V. en faveur d'une telle éviction : A. Lepage, préc.

(52) La peine serait de 2 ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende tandis que celle du harcèlement sexuel resterait inchangée par rapport à l'ancienne version (un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende).