

Valmont doit-il aller en prison ?

Gabriel Roujou de Boubée, Agrégé des facultés de droit, professeur émérite

« *Le Conseil constitutionnel supprime le délit de harcèlement sexuel* ». Ce vendredi 4 mai (décis. n° 2012-240 QPC du 4 mai 2012, D. 2012. 1177<sup>1</sup>, édito F. Rome, et Actu 1189), en dépit d'une actualité politique chargée, cette information est immédiatement et largement diffusée par les médias. Elle est accompagnée de commentaires souvent critiques, parfois malveillants. Elle suscite, dès le lendemain, quelques manifestations de rue.

Dans ce « Point de vue », nous voudrions montrer que l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal était juridiquement inévitable (I), tout comme l'effet immédiat dont elle est dotée (II). Pour autant, le débat n'est pas clos mais il doit être transporté au plan législatif (III).

- I -

« *Cent fois sur le métier, remettez votre ouvrage* ». Dans le cas présent, l'expérience montre que les efforts renouvelés ne conduisent pas forcément à la perfection recherchée : les retouches successives apportées à l'article 222-33 du code pénal ne lui ont nullement évité une condamnation à disparaître. Initialement, c'est-à-dire dans sa version de 1992, l'incrimination, rangée parmi les infractions sexuelles, visait « *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* ». Immédiatement, les commentateurs ont déploré le manque de précision de cette rédaction et ont abandonné à la jurisprudence la tâche difficile d'en fixer les contours, tout en regrettant qu'elle soit ainsi contrainte d'outrepasser ses fonctions (V. Francillon, *Code pénal commenté*, Dalloz, 1996, p. 233). Quelque temps plus tard, la loi du 17 juin 1998 procède à une correction de style et à une première extension de la portée du délit, puisque, aux termes retenus en 1992, sont substitués les termes : « *en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves* ». Dix ans se passent encore et le législateur entend donner le champ le plus vaste à la répression, ce qui le conduit, par la loi du 17 janvier 2002, à supprimer, à la fois l'énumération des procédés utilisés et la référence au rapport d'autorité entre l'auteur et la victime. Malheureusement, par là même, il a fait disparaître les seules indications précises fournies par le texte. Restaient donc, pour caractériser le délit, deux éléments : d'une part, un agissement, à savoir un harcèlement, et, d'autre part, la poursuite d'un but, c'est-à-dire l'obtention de faveurs sexuelles. Le second peut être considéré comme doté d'une relative précision ; le premier, par contre, en est totalement dépourvu et son sens reste très incertain (pour un point de vue différent, V. la note de S. Detraz, D. 2012. 1372<sup>2</sup>) : ainsi, la question n'est pas tranchée de savoir si le harcèlement suppose plusieurs agissements, comme paraît l'indiquer le langage courant, ou si, au contraire, il peut n'être constitué que d'un seul. Rien d'étonnant, dès lors, à ce que, comme leurs prédécesseurs, les commentateurs de la loi de 2002 aient relevé, pour le déplorer, le manquement grave commis par le législateur à l'obligation qui lui incombe de fixer avec précision le champ d'application de chaque incrimination (V. not. D. Roets, D. 2002. 2059<sup>3</sup> ; P. Conte, JCP 2002. Actu. 320 ; *adde* les obs. de Y. Mayaud, RSC 2005. 78<sup>4</sup>). Quant à la jurisprudence, elle ne pouvait que refléter le flou législatif ainsi que le montre la confrontation des décisions rendues, y compris celles de la Cour de cassation.

Dans ces conditions, la décision du Conseil constitutionnel s'imposait. Elle trouve, tout naturellement, sa place à côté de celles qui ont censuré l'absence de définition de «

l'interopérabilité » (Cons. const., 27 juill. 2006, décis. n° 2006-540 DC, D. 2006. 2157, chron. C. Castets-Renard<sup>1</sup>, 2878, chron. X. Magnon<sup>2</sup>, et 2007. 1166, obs. L. Gay<sup>3</sup> ; RTD civ. 2006. 791, obs. T. Revet<sup>4</sup>, et 2007. 80, obs. R. Encinas de Munagorri<sup>5</sup>) ou, plus récemment, celles qui ont censuré l'absence de définition de la « famille » à propos du crime d'inceste (Crim. 12 oct. 2011, n° 11-85.474 QPC, AJ fam. 2011. 547, obs. L. Briand<sup>6</sup> ; RTD civ. 2012. 97, obs. J. Hauser<sup>7</sup>) ou à propos du délit d'atteintes sexuelles incestueuses (Cons. const., 17 févr. 2012, décis. n° 2011-222 QPC, D. 2012. 1035, obs. M. Douchy-Oudot<sup>8</sup> ; RSC 2012. 146, obs. Y. Mayaud<sup>9</sup>). La notion de « harcèlement », pas plus que celle de « famille », ne possède par elle-même un sens juridique, établi par la loi ou la jurisprudence ; à l'inverse, échappe à ce grief la notion de « déséquilibre significatif » entre les droits et obligations des parties au contrat, car déjà utilisée par l'article L. 132-1 du code de la consommation et dont le contenu est fixé par la jurisprudence (Cons. const., 13 janv. 2011, décis. n° 2010-85 QPC, D. 2011. 415<sup>10</sup>, note Y. Picod, 392, chron. M. Chagny, 2824, et nos obs., et 2965, obs. N. Dorandeu ; AJ pénal 2011. 191, obs. J.-B. Perrier<sup>11</sup> ; RTD civ. 2011. 121, obs. B. Fages<sup>12</sup> ; RTD com. 2011. 655, obs. B. Bouloc<sup>13</sup>).

Ceci étant, l'abrogation de l'article 222-33 du code pénal laisse présager celle de l'article L. 1155-2 du code du travail, qui réprime le harcèlement sexuel interdit par l'article L. 1153-1, lequel est rédigé en termes sensiblement identiques à ceux de l'article 222-33 du code pénal. En revanche, devraient échapper à la censure les incriminations, dans le code pénal (art. 222-33-2) et dans le code du travail (art. L. 1152-1), du harcèlement moral, défini avec beaucoup plus de précision, incriminations déjà déclarées conformes à la Constitution (décis. n° 2001-455 DC du 12 janv. 2002, AJDA 2002. 1163, étude F. Reneaud<sup>14</sup> ; D. 2003. 1129<sup>15</sup>, obs. L. Gay, et 2002. 1439, chron. B. Mathieu ; RSC 2002. 673<sup>16</sup> et 674<sup>17</sup>, obs. V. Bück<sup>18</sup> ; V., sur ce point, l'entretien de C. Radé, D. 2012. 1392<sup>19</sup>).

- II -

En vertu de l'article 62 de la Constitution, une disposition déclarée inconstitutionnelle à la suite d'une QPC est immédiatement abrogée ; le Conseil peut, toutefois, reporter cette abrogation à une date ultérieure qu'il fixe dans sa décision. Le choix entre les deux solutions se fait, bien sûr, en fonction d'éléments d'opportunité, propres à chaque espèce. Dans sa décision du 30 juillet 2010 relative à la garde à vue (n° 2010-14/22 QPC<sup>20</sup>, D. 2010. 1928, entretien C. Charrière-Bournazel<sup>21</sup>, 1949, point de vue P. Cassia<sup>22</sup>, 2259, obs. J. Pradel<sup>23</sup>, 2696, entretien Y. Mayaud<sup>24</sup>, 2783, chron. J. Pradel<sup>25</sup>, et 2011. 1714, obs. V. Bernaud ; AJ pénal 2010. 470, étude J.-B. Perrier<sup>26</sup> ; Constitutions 2010. 571, obs. E. Daoud et E. Mercinier<sup>27</sup>, et 2011. 58, obs. S. De La Rosa<sup>28</sup> ; RSC 2011. 139, obs. A. Giudicelli<sup>29</sup>, 165, obs. B. de Lamy<sup>30</sup>, et 193, chron. C. Lazerges<sup>31</sup> ; RTD civ. 2010. 513<sup>32</sup> et 517, obs. P. Puig<sup>33</sup>), l'abrogation des dispositions en cause du code de procédure pénale avait été retardée jusqu'au 1<sup>er</sup> juillet 2011, car « l'abrogation immédiate... méconnaîtrait les objectifs de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions et entraînerait des conséquences manifestement excessives ». S'agissant de l'article 222-33, les enjeux étaient, évidemment, bien moindres et il a été décidé que, conformément au principe posé par la Constitution, l'abrogation serait immédiate. Il s'ensuit qu'aucune poursuite nouvelle ne peut plus être intentée pour harcèlement sexuel et que les poursuites en cours doivent être abandonnées. Cette solution, critiquée par certains qui y ont vu le souci de protéger tel ou tel, est, cependant, aisément justifiable : comment admettre, en effet, qu'une personne puisse être condamnée sur le fondement d'une incrimination dont est officiellement reconnue l'incompatibilité avec le principe fondamental assurant la sécurité juridique ? Faut-il rappeler qu'à propos de la garde à vue elle-même le report de l'abrogation avait fait l'objet de réserves au nom de la logique et de la cohérence ? Au surplus, l'abrogation immédiate paraît être la règle généralement suivie lorsque se trouve en cause une loi d'incrimination.

- III -

Reste, maintenant, à envisager l'avenir. Pour l'instant, l'abrogation de l'article 222-33 ne laisse pas la répression totalement désarmée. Indépendamment des dispositions du code du travail et en présence de faits graves, peut être envisagée l'utilisation de la qualification d'agression sexuelle (art. 222-27) ; en présence de faits plus bénins, par exemple des appels

téléphoniques réitérés et déplaisants, l'on peut recourir à l'article 222-16, qui réprime ce genre d'agissements. Bien sûr, il ne s'agit là que de remèdes provisoires et, comme vient de le déclarer le nouveau garde des Sceaux, la prochaine législature sera très vite appelée à combler le vide créé par la décision du Conseil constitutionnel.

La tâche est malaisée, car la lutte, aussi nécessaire soit-elle, contre la grossièreté ou la goujaterie ne doit pas entraver la séduction légitime, « *la prière naturelle qu'ils [les deux sexes] se font toujours l'un à l'autre* », comme l'écrivait si délicatement Montesquieu (*De l'Esprit des lois*, 1<sup>re</sup> Partie, Liv. I, chap. II : Des lois de la nature). Sans entrer dans les subtilités de la légistique, il serait souhaitable que l'élaboration d'un nouvel article 222-33 soit précédée de l'étude des différentes espèces qui, depuis la loi de 2002, ont donné lieu à condamnation ; cela permettrait une approche concrète des comportements à sanctionner. Malheureusement, la tentation de légiférer dans l'urgence est toujours présente, et trois propositions de loi, à ce jour, ont déjà été enregistrées à la présidence du Sénat : deux d'entre elles (n<sup>os</sup> 536 du 11 mai et 540 du 16 mai) sont directement inspirées de la directive européenne n° 2006/54 du 5 juillet 2006 ; ainsi l'une d'elles incrimine « *le fait de harceler autrui en portant atteinte à sa dignité et en créant un environnement intimidant, hostile, dégradant, humiliant ou offensant dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* » ; la troisième (n° 539 du 15 mai), plus proche des textes antérieurs à la loi de 2002, énonce que « *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* ». Peut-être les équivoques seraient-elles en partie levées si, renonçant à utiliser le terme « harcèlement », la loi décidait de réprimer « *le fait, par des paroles, des gestes ou des agissements répétés et contraires au respect dû à autrui, de faire pression sur une personne pour obtenir d'elle des avantages de nature sexuelle* ». C'est là la simple suggestion d'une doctrine qui sait que la critique est aisée face à la difficulté de l'art.

**Mots clés :**

AGRESSION SEXUELLE \* Élément constitutif \* Harcèlement sexuel \* Inconstitutionnalité