

Quels sont les repères pertinents et utiles pour la définition de la minorité ? de l'adolescence ? du discernement ? de la capacité à consentir ?

Adeline Gouttenoire,

Professeure de droit à l'Université de Bordeaux, Présidente de l'Observatoire départemental de la protection de l'enfance de la Gironde

Déclaration d'intérêts : aucune

Résumé : Le mineur est défini par le droit comme toute personne de sexe masculin ou féminin n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans. Pour engager sa responsabilité pénale, il doit être reconnu comme ayant le discernement nécessaire pour comprendre qu'il commet une infraction. Le droit pénal pose une présomption – qui peut être renversée – selon laquelle le mineur de treize ans est doué de discernement et peut donc être poursuivi pénalement. Lorsqu'il s'agit d'une infraction sexuelle, ce discernement relève d'une appréciation particulière, sans aucun doute plus difficile. Non seulement le mineur doit être doué de discernement de manière générale, donc être âgé d'au moins treize ans, mais il doit pour que l'élément intentionnel de l'infraction sexuelle soit caractérisé, avoir eu spécifiquement conscience d'avoir commis une infraction de cette nature. Le seuil de treize ans applicable à la responsabilité pénale du mineur ne paraît pas approprié pour les infractions sexuelles. Celles-ci supposent en effet que le mineur ait à la fois conscience du caractère sexuel de l'acte, ce qui ne relève pas de l'évidence pour un adolescent surtout s'il est jeune, et du fait que cet acte est imposé à la victime. Or, dans de nombreuses situations, le mineur peut avoir davantage de difficultés qu'un majeur à se rendre compte que la victime n'est en réalité pas consentante.

1

Le mineur est défini par le droit comme toute personne de sexe masculin ou féminin n'ayant pas atteint l'âge de 18 ans (C. civ. art. 388). Le terme de mineur est ainsi très large puisqu'il s'applique à l'enfant en bas âge comme aux adolescents. Ce dernier terme est absent du langage juridique en tant que tel. Toutefois l'existence des seuils d'âge de dix, treize ou quinze ans à partir desquels le mineur est traité de manière différente laisse à penser qu'en réalité l'adolescence n'est pas absente du dispositif juridique. L'étude portera donc sur les mineurs qui ont entre dix et dix-huit ans.

S'il n'a pas, sauf règles spécifiques, la capacité d'accomplir des actes juridiques, le mineur peut engager sa responsabilité par ses actes. Pour ce qui est de la responsabilité civile, il est responsable dès lors qu'il commet un dommage même s'il n'est pas doué de discernement. Ses parents sont également

responsables, sur le plan civil, des dommages commis par leur enfant mineur. En revanche, la responsabilité pénale est une responsabilité strictement personnelle que le mineur peut engager à certaines conditions et selon des modalités particulières tant procédurales que substantielles.

Le discernement de l’auteur mineur d’infractions sexuelles est une question rarement abordée. Les débats sont, en effet, davantage centrés sur le consentement de la victime. Ce discernement est une question transversale qui relève plutôt du domaine de la psychologie, mais qui fait également l’objet d’une approche juridique. Si le discernement n’est pas défini par la loi, il constitue une notion déterminante pour la mise en œuvre d’un certain nombre de règles en droit civil comme en droit pénal.

L’existence du discernement est une condition de toute infraction en ce qu’elle conditionne l’imputabilité et, plus largement, la responsabilité. S’agissant des mineurs, le discernement est une condition de leur responsabilité pénale, posée à l’article L. 11-1 du Code de la justice pénale. Mais existe-t-il une spécificité du discernement des mineurs en matière d’infractions sexuelles ? La question se pose, au regard de la nature de l’infraction, et du fait que la victime est le plus souvent elle-même mineure. Mais le discernement du mineur auteur d’infractions sexuelles ne sera discuté que s’il est établi en amont qu’il est doué de discernement pour être pénalement responsable.

Le discernement du mineur auteur d’infractions sexuelles (Titre 2) ne peut ainsi être envisagé sans aborder au préalable le discernement du mineur dans le cadre de la matière pénale (Titre 1).

2

1. LE DISCERNEMENT DU MINEUR CONDITION DE SA RESPONSABILITE PENALE

Le discernement du mineur en matière pénale est une catégorie du discernement en général. Avant d’aborder le discernement du mineur en matière pénale (2), il convient d’expliquer comment le droit aborde le discernement du mineur (21).

1.1. Le recours au critère de discernement en droit des mineurs

Alors qu’il connaît un succès grandissant en droit des mineurs, et qu’on le retrouve dans des dispositions de plus en plus nombreuses de cette branche du droit, le discernement de l’enfant ne fait l’objet d’aucune définition légale. Comme l’intérêt supérieur de l’enfant, le discernement est un standard juridique, une notion-cadre, dont le contenu varie selon les hypothèses. Il s’agit d’une notion opérationnelle dont l’existence conditionne la mise en œuvre d’une règle, relative pour l’essentiel, à la responsabilité du mineur ou à la mise en œuvre de ses droits participatifs. Le discernement semble ainsi se dégager d’un faisceau d’indices qui permet d’établir la capacité du mineur à jouer un rôle actif

dans la détermination de sa situation personnelle. Du point de vue du droit, cette notion implique la faculté de l'enfant de se projeter dans l'avenir et exige donc un certain sens de la relativité.

La référence au discernement permet une plus grande souplesse que le critère de l'âge. Il apparaît cependant que pour les magistrats, l'âge constitue un élément essentiel dans l'appréciation du discernement de l'enfant, même si la Cour de cassation a plusieurs fois affirmé que l'âge n'est pas suffisant pour établir le discernement. Dans un arrêt du 18 mars 2015 (Pourvoi n° 14-11.392, I. Corpart, RJPf 2015-4/27 ; S. Thouret, AJ fam. 2015. 282, obs., Ph. Bonfils et A. Gouttenoire, « Panorama droit des mineurs », D. 2015. 1919), elle a ainsi considéré qu'une cour d'appel prive sa décision de base légale en rejetant une demande d'audition formulée par un enfant, en se bornant à se référer à son âge. Elle considère que l'existence du discernement est discutable lorsque le mineur est sous l'emprise d'un de ses parents, notamment dans le cadre d'un déplacement illicite d'enfant. La Cour de cassation approuve, en revanche, dans une décision du 12 juin 2013 (Civ. 1re, 12 juin 2013, n° 12-13.402), la Cour d'appel selon laquelle « la capacité de discernement d'un enfant se trouvait assez facilement altérée par son environnement comme par des événements traumatiques. »

La personne qui doit déterminer si l'enfant est doué de discernement dépend du contexte dans lequel ce discernement est exigé. Lorsqu'il s'agit de participer à un titre ou à un autre à une procédure judiciaire, c'est le juge qui procède à cette appréciation, comme en matière pénale, mais également lorsque l'enfant est entendu dans une procédure judiciaire. Lorsqu'il s'agit d'associer l'enfant à une décision extrajudiciaire, ce sont les personnes qui sont à l'initiative de cette décision à qui revient le pouvoir d'apprécier le discernement, au premier chef ses parents ou son tuteur, mais aussi le médecin en matière médicale.

La difficulté d'appréhender la notion de discernement permet de mesurer l'ampleur de la tâche qui incombe au juge sollicité pour décider si le mineur est ou non capable d'exercer ses droits au regard de son discernement. L'utilisation par le droit d'une notion dont les implications psychologiques sont indéniables, confère à l'appréciation du discernement par les juges un caractère subjectif comparable à celui que l'on peut constater pour ce qui concerne l'intérêt de l'enfant. Le discernement comme l'intérêt de l'enfant sont des notions relatives qui dépendent fortement de la personnalité et du développement de chaque enfant. Le discernement étant principalement fondé sur des critères subjectifs et variables d'un enfant à l'autre, sa détermination risque de poser un certain nombre de difficultés aux magistrats.

Le juge apprécie le discernement de l'enfant à travers les éléments qu'il a à sa disposition, notamment une discussion avec les parties à l'instance, avec l'enfant lui-même ou un rapport d'enquête sociale. Il

peut ordonner une mesure spécifiquement destinée à apprécier le discernement du mineur comme une expertise psychologique.

L'appréciation du discernement tient également compte du contexte dans lequel le discernement est exigé, de la cause et de la nature du litige. Un enfant peut être doué de discernement, en général, dans la vie quotidienne, et ne pas l'être suffisamment pour être entendu dans une procédure qui le concerne ou pour apprécier les conséquences d'un acte répréhensible.

1.2. Le discernement du mineur en droit pénal

En droit pénal, le discernement n'est pas apprécié de la même manière selon que la personne concernée est majeure ou mineure. S'agissant des majeurs le discernement est en principe acquis, sauf à démontrer l'existence de troubles mentaux. En droit des mineurs, le discernement apparaît comme une capacité intellectuelle permettant à l'enfant d'évaluer les conséquences possibles de ses agissements, qu'il faut établir.

En vertu de l'article 122-8 du Code pénal, seuls les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables. L'article L.11-1 alinéa 3 du Code de la justice pénale des mineurs dispose qu'«*est capable de discernement le mineur qui a compris ou voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet.* »

4

Plus avant, l'article L.11-1 alinéa 2 du code de justice pénale des mineurs présume le discernement du mineur à partir de treize ans et donc l'absence de discernement avant cet âge. La responsabilité pénale repose sur le discernement (et donc sur le libre arbitre) ; pour le mineur on considère qu'il existe en principe à l'âge de treize ans. Ce qui revient en pratique à établir à treize ans le seuil de responsabilité pénale. Il est toutefois possible de démontrer que le mineur de plus de treize ans n'est pas doué de discernement, et à l'inverse, que le mineur de treize ans est doué de discernement. Mais dans ce dernier cas, le mineur ne peut faire l'objet que de mesures éducatives (qui relèvent tout de même de la catégorie des mesures pénales).

L'article R.11-1 du Code de justice pénale des mineurs dispose que le discernement peut être établi notamment par les déclarations du mineur, celles de leur entourage familial et scolaire, les circonstances dans lesquelles les faits ont été commis ou une expertise psychiatrique ou psychologique. La circulaire de présentation du Code de justice pénale du mineur affirme que le juge peut prendre en compte le parcours pénal du mineur pour apprécier son discernement.

2. LA SPECIFICITE DU DISCERNEMENT DU MINEUR AUTEUR D'INFRACTIONS SEXUELLES

Par hypothèse, seul le mineur de plus de treize ans peut être considéré comme doué de discernement et engager sa responsabilité pénale. Il s'agit ainsi de s'interroger seulement sur le discernement des mineurs auteurs d'infractions sexuelles de plus de treize ans. Même si ce n'est pas toujours le cas, l'infraction sexuelle est souvent commise par un mineur sur une victime elle-même mineure, plutôt proche en âge. Cette infraction peut être incestueuse, car commise sur un frère ou une sœur. Elle ne le sera cependant pas à strictement parlé s'il s'agit d'un cousin ou d'une cousine puisque celle-ci n'est pas visée par l'article 222-22-3 du Code pénal qui énumère les membres de la famille auteur d'infractions sexuelles incestueuses. Les violences sexuelles intra familiales au sens large commises par un mineur sont de plus en plus souvent dénoncées.

L'infraction sexuelle relève en droit pénal de deux catégories : les agressions sexuelles qui constituent des délits et les viols qui constituent des crimes. Certaines dispositions du Code pénal, notamment issues de la loi n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, prévoient que la constitution d'une infraction sexuelle est indifférente au consentement de la victime dans deux hypothèses : lorsque la victime est âgée de moins de quinze ans et lorsque la victime est âgée de moins de dix-huit ans et que l'auteur est un membre de sa famille. Dans ces deux cas, le seul fait d'avoir une relation sexuelle avec un mineur de moins de quinze constitue un délit ou un crime sans que la question se pose de savoir si la victime était ou non consentante.

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas lorsque l'auteur de l'infraction est mineur. Pour toutes les infractions sexuelles commises par un mineur sur un autre mineur, il faut démontrer l'absence de consentement de la victime, ce qui suppose d'établir qu'il y a eu menace, surprise, violence ou contrainte. L'existence de la contrainte est la question la plus fréquente qu'on se pose lorsqu'il s'agit d'agression sexuelle d'un mineur sur un autre. En effet, on peut déduire de la violence ou de la menace dont le mineur a fait preuve, qu'il était conscient d'imposer l'acte sexuel. Il est en revanche plus compliqué d'établir la contrainte, lorsqu'il n'y a pas eu à proprement parlé de violences, et que l'auteur et la victime sont tous deux mineurs et proches en âge. L'article 222-22-1 du Code pénal qui dispose que « lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur, la contrainte morale (...) ou la surprise (...) peuvent résulter de la différence d'âge existant entre la victime et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur la victime » n'est pas applicable dans la plupart des hypothèses de violences sexuelles entre mineurs. Le texte peut cependant être mis en œuvre si la victime est un enfant beaucoup plus jeune que l'auteur et que celui-ci exerce une autorité sur lui parce qu'il est, par exemple, son grand frère

Il est possible d'affirmer que les infractions sexuelles appellent une appréciation différenciée du discernement du mineur qui les a commises (Levedec B., Le discernement des mineurs en matière d'infractions sexuelles, Thèse Université Paris ASSAS, 20). Savoir si un adolescent est conscient d'avoir commis une infraction sexuelle est selon un psychiatre une « question impossible. » En effet, ces infractions sont complexes à comprendre pour le mineur. Or, pour que l'infraction sexuelle soit caractérisée, il faut que l'auteur ait eu conscience qu'il accomplissait un acte sexuel (1) sans le consentement de la victime (2).

2.1. La conscience de la nature sexuelle de l'acte

Lorsque l'auteur de l'infraction sexuelle est mineur, on peut s'interroger sur la conscience qu'il a de la nature sexuelle de ses actes sur le corps de la victime et sur la gravité de ceux-ci. Cette question ne se pose pas, pour un majeur, sauf hypothèse particulière d'altération des facultés mentales, elle est donc spécifique à l'auteur mineur d'infractions sexuelles.

Le seuil d'âge de treize ans à partir duquel le mineur est pénalement responsable réduit sans doute la portée de cette question ; mais il n'est cependant pas exclu que même à cet âge, faute d'expérience, le mineur n'ait pas conscience que ses gestes soient de nature sexuelle. Un auteur a pu se demander si « un viol peut être commis par des personnes très jeunes [...]. En effet, le viol, et plus largement, les infractions sexuelles supposent chez l'auteur une certaine maturité psychologique et sexuelle. » (Margaine C., La capacité pénale, Thèse Bordeaux 2011). Or, on ne peut considérer que le mineur de plus de treize ans dispose en principe d'une telle maturité. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur cette question. Elle a cependant considéré dans un arrêt de 2006 (Pourvoi n°06681.379), qu'une cour d'appel pouvait relaxer un mineur âgé de dix ans des faits de viol en considérant qu'il n'avait pas d'intention sexuelle. La Cour d'appel avait affirmé que « les jeux de découverte sexuelle n'expriment pas une quelconque perversion de la sexualité, les enfants n'ayant pas atteint le stade de la sexualité génitale. » Le langage utilisé par cette dernière juridiction peut sans doute prêter à discussion, toutefois, ces décisions témoignent de la réalité de la recherche par le juge du discernement spécifique du mineur auteur d'infraction sexuelle.

De manière générale, évoquer la sexualité avec un adolescent est une entreprise compliquée, mais on peut imaginer qu'elle le sera encore davantage pour le psychologue ou le psychiatre qui le reçoit, en général, une fois, afin de savoir s'il avait conscience du caractère sexuel de son acte. Il semblerait que le mineur de treize ans ne dispose pas d'une maturité sexuelle, qui arrive en général plus tard. Certains professionnels considèrent qu'en réalité, un adolescent prend conscience du caractère sexuel d'un

acte au moment où il devient lui-même actif sexuellement. Cette prise de conscience peut d'ailleurs se produire après la commission de l'infraction sexuelle.

L'aspect sexuel d'un acte est entendu assez largement par la jurisprudence, qui considère par exemple que des caresses sur une partie du corps autre que les parties génitales peuvent avoir un caractère sexuel en raison de la manière dont elles ont été effectuées et du contexte dans lequel les faits se sont déroulés (Cass. Crim., 3 mars 2021, n°20-82.399). Dans cette hypothèse, et de manière plus générale, le concept d'infractions sexuelles n'est pas facile à concevoir pour des majeurs, il sera encore plus compliqué pour des mineurs (Levedec, Le discernement des mineurs en matière sexuelle préc.).

Pour les adolescents, surtout les plus jeunes, la différence entre un jeu impliquant le corps et un acte sexuel ne relève pas de l'évidence. Le mineur peut avoir du mal à déterminer à quel moment ses gestes acquièrent une connotation sexuelle.

Cette question peut se poser à propos d'une relation incestueuse, entre enfants de la même famille ou vivant dans le même foyer, par exemple parce qu'il s'agit de quasi-frères ou sœurs (des enfants dont l'un des parents est en couple avec l'autre). Lorsque l'auteur et la victime ont le même âge, la conscience de commettre un acte sexuel peut être difficile à déterminer pour l'un comme l'autre, à tel point qu'on peut parfois se demander quel est l'auteur et quelle est la victime.

7

Lorsque l'auteur se cache pour commettre l'acte, on peut en déduire qu'il savait que celui-ci relève de l'intime. Il est cependant difficile de savoir s'il considère que l'intime appartient au domaine de la sexualité.

Par ailleurs, le mineur peut ne pas avoir conscience de la portée de son acte et ne pas faire la différence entre une agression sexuelle ou un viol. Celui-ci se caractérise en effet par une pénétration que le mineur ne considère pas comme telle, notamment lorsqu'elle est digitale.

2.2. La conscience de l'absence du consentement de la victime

La question de l'absence de consentement de la victime concerne également les auteurs majeurs d'infractions sexuelles. La défense de ces dernières consiste d'ailleurs fréquemment à prétendre que l'acte sexuel était consenti. Toutefois, la question se pose avec une acuité particulière lorsque l'auteur de l'infraction est mineur. En effet, du fait de son manque d'expérience, le mineur est sans doute plus susceptible de commettre une erreur et de penser à tort qu'il avait une relation consentie avec la victime. Les adolescents – mais également de nombreux adultes – confondent souvent viol et violence,

et considèrent que dès lors qu'il n'y a pas eu de gestes brutaux de leur part et de cris de la victime, il ne s'agit pas d'une infraction sexuelle. Pour cette raison, on exclura du périmètre d'étude les actes sexuels imposés avec violence, et /ou à plusieurs, dans des « tournantes », la conscience de l'absence de consentement de la victime par les auteurs de ces actes étant alors totalement explicite.

Selon Benoit Levedec, « Si un mineur peut comprendre le caractère sexuel d'un acte à partir d'un certain degré de maturité, encore faut-il qu'il soit apte à concevoir la violence que celui-ci peut engendrer pour la victime. » L'auteur donne l'exemple du délit d'exhibition sexuelle pour lequel il faut établir que le mineur était en mesure de comprendre quelles parties de son corps il peut montrer et dans quelles circonstances, mais également dans quelle mesure il impose cette vue à la victime. Il n'est pas du tout évident qu'un mineur dont on peut considérer qu'il est doué de discernement en général (Benoit Levedec évoque un discernement psychique) ait la maturité suffisante dans ce contexte spécifique.

Compte tenu de la faible différence d'âge, et des liens souvent préexistants à l'infraction sexuelle, il n'est pas exclu que le mineur n'ait effectivement pas conscience qu'il impose un acte sexuel à la victime. De plus en plus d'affaires soumises aux autorités policières et judiciaires concernent des adolescents dont c'est la première relation sexuelle. Ce n'est qu'*a posteriori* que la jeune fille réalise qu'elle n'avait pas véritablement consenti alors que le jeune homme dit penser qu'elle était consentante, sans doute, sincèrement. L'absence de réaction de l'un des partenaires, en raison de sa sidération, doit être perçue comme un défaut de consentement par un majeur. En revanche, il est plus difficile pour un mineur d'interpréter cette absence de réaction, d'autant plus s'il n'a pas été sensibilisé à la question du consentement. Le fait qu'une proportion importante d'adolescents consultent fréquemment des sites pornographiques risque de ne pas faciliter cette prise de conscience. Dans un certain nombre d'affaires, la question du consentement de la victime se pose dans une relation qu'elle a initialement acceptée, mais qui prend ensuite une ampleur qu'elle ne souhaitait pas. Il peut être plus difficile pour un mineur que pour un majeur de percevoir à quel moment la victime n'est plus consentante.

Un autre cas de figure est celui de l'acte sexuel ayant lieu dans une soirée, éventuellement après l'absorption d'alcool ou de drogues. L'un des deux adolescents peut ensuite considérer qu'il n'a pas consenti à la relation sexuelle dont parfois il ne se souvient plus, tandis que l'autre considère que la relation n'a pas été imposée. Il n'a pas conscience qu'une personne sous emprise de substance n'est pas en mesure de consentir à un acte sexuel.

Le fait qu'un mineur commette à plusieurs reprises des actes sexuels non consentis est une indication sur sa capacité à comprendre qu'il s'agit d'un acte répréhensible, surtout si cela lui a été expliqué lors de son premier passage à l'acte. Pour cette raison, il est nécessaire que les enquêteurs saisis d'une plainte pour agressions sexuelles par un mineur aient connaissance du fait que celui-ci a déjà été concerné par des actes similaires auparavant.

Au regard de ces propos, l'éducation sexuelle des garçons et des filles apparaît essentielle pour réduire le nombre d'infractions sexuelles commises par des mineurs, particulièrement sur d'autres mineurs, pour que la première expérience sexuelle des uns et des autres ne soit pas celle d'un acte violent, parce que non consenti. Il est également impératif de faire en sorte que l'éveil à la sexualité des adolescents ne trouve pas sa source dans des sites pornographiques...