

Inès DEHAESE

Master 2 Recherche
Droit pénal et Sciences criminelles

Droit privé

La protection pénale des femmes, réflexion sur l'approche sexospécifique des infractions pénales

Directrice du mémoire :
Amane GOGORZA



Collection des mémoires de l'IFR



Prix IFR 2021 des meilleurs mémoires de Master 2 Recherche

Université Toulouse 1 Sciences Sociales



DEHAESE Inès

Master 2 Droit pénal et sciences criminelles

Année universitaire 2020/2021

La protection pénale des femmes

Réflexion sur l'approche sexospécifique des infractions pénales

DIRECTEURE DU MEMOIRE : Mme la Professeure Amane Gogorza

Université Toulouse 1 Sciences Sociales - 2 rue du doyen Gabriel Marty - 31042 Toulouse
Cedex 9 - France

Tél. : 05 61 63 35 00 - Fax : 05 61 63 37 98 - Internet : <http://www.univ-tlse1.fr>

*« L'université n'entend ni approuver ni désapprouver
les opinions particulières de l'auteur. »*

Remerciements

La réalisation de ce mémoire a été rendue possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma reconnaissance.

Je souhaiterais tout d'abord adresser toute ma gratitude à la directrice de ce mémoire, Madame la Professeure Amane Gogorza, pour sa patience, sa disponibilité et surtout ses judicieux conseils, qui ont contribué à alimenter ma réflexion. Je souhaiterais par ailleurs remercier Monsieur le Professeur Antoine Botton, co-directeur du Master 2 de Droit Pénal et de Sciences Criminelles.

Merci également à mes proches pour leur soutien.

Sommaire

Sommaire	5
Liste des abréviations	7
Introduction	9
PARTIE 1 : La protection pénale des femmes : une réforme nécessaire aux possibilités limitées	17
TITRE 1 : Le constat d'une approche sexospécifique minimale en droit français	19
Chapitre 1 : Une approche genrée minimale en droit français	19
<i>Section 1 : Le caractère systémique des violences de genre</i>	19
<i>Section 2 : Le nécessaire développement d'une approche sexospécifique</i>	21
<i>Section 3 : Une frénésie politique sans traduction législative</i>	22
<i>Section 4 : Une autotrophie de la norme pénale traduite par un esprit de la loi genré</i> ..	23
Chapitre 2 : Le constat de l'absence d'infraction sexospécifique en droit pénal	27
<i>Section 1 : Un essor nuancé du droit des femmes</i>	27
<i>Section 2 : L'insuffisance des infractions existantes s'appliquant aux violences faites aux femmes</i>	31
<i>Section 3 : L'impératif biologique, unique justification de la protection sexospécifique des femmes</i>	33
TITRE 2 : L'établissement d'une approche sexospécifique contrainte par le principe d'égalité	35
Chapitre 1 : Le développement d'une approche sexospécifique paralysé par une vision formelle de l'égalité	37
<i>Section 1 : Une égalité formelle de principe, obstacle à une vision sexospécifique des infractions</i>	37
<i>Section 2 : Une modification genrée du droit impossible malgré les exceptions constitutionnelles</i>	39
Chapitre 2 : Le développement potentiel d'une approche sexospécifique par une égalité réelle	43
<i>Section 1 : Le développement de visions alternatives du principe d'égalité</i>	43
<i>Section 2 : L'essor fragile d'une égalité réelle en France</i>	46
Conclusion de la partie 1	50

PARTIE 2 : La protection pénale des femmes : une proposition de réforme.....	51
TITRE 1 : L'essor d'une protection sexospécifique par une transformation des infractions	51
Chapitre 1 : Une protection sexospécifique minimaliste par la modification d'infractions non genrées.....	53
<i>Section 1 : Une protection sexospécifique issue de la dépénalisation d'infractions</i>	<i>53</i>
<i>Section 2 : Une protection sexospécifique issue de l'amélioration d'infractions existantes</i>	<i>62</i>
Chapitre 2 : Une protection sexospécifique maximale par la création d'infractions genrées	67
<i>Section 1 : La création d'une infraction de violences obstétricales, continuité du droit positif.....</i>	<i>67</i>
<i>Section 2 : L'adoption d'une infraction autonome de féminicide contestée</i>	<i>69</i>
<i>Section 3 : L'adoption des faits justificatifs à la protection des femmes : le syndrome de la femme battue</i>	<i>74</i>
TITRE 2 : Le développement d'une protection sexospécifique dans le traitement pénal des femmes	77
Chapitre 1 : L'adoption d'une vision féministe des jugements.....	79
<i>Section 1 : Une lecture féministe des jugements initiée par la doctrine</i>	<i>79</i>
<i>Section 2 : Les jugements féministes, réponse à la partialité du juge pénal.....</i>	<i>82</i>
Chapitre 2 : L'adoption d'un traitement non genré des femmes	85
<i>Section 1 : La correctionnalisation judiciaire, cause de victimation secondaire</i>	<i>85</i>
<i>Section 2 : Un milieu carcéral inadapté aux femmes auteures d'infractions</i>	<i>89</i>
Conclusion de la partie 2	92
Conclusion générale	95
Bibliographie.....	98
Annexes	106

Liste des abréviations

CCNE : Comité Consultatif National d’Ethique

CDC : Centre pour le contrôle et la prévention des maladies (*center for disease and prevention*)

CEDAW : Convention on the elimination of all forms of discrimination against women

CEDH : Cour Européenne des Droits de l’Homme

CEE : Communauté économique européenne

CIDH : Commission interaméricaine des droits de l’homme

CJCE : Cour de justice des communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l’Union européenne

CNCDH : Commission Nationale Consultative des Droits de l’Homme

DDHC : Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen

ENM : Ecole Nationale de la Magistrature

GPA : gestation pour autrui

HAL : Archives ouvertes

HAS : Haute Autorité de Santé

HCE : Haut Conseil à l’Egalité

IFOP : Institut Français d’Opinion Publique

INSEE : Institut national de la statistique et des études économiques

IVG : Interruption volontaire de grossesse

LGBT : Communauté des minorités non hétérosexuelles et non cisgenre.

OMS : Organisation Mondiale de la Santé

ONDRP : Observatoire national de la délinquance et de la réponse pénale

ONU : Organisation des Nations Unies

ORVF : Observatoire Régional des Violences faites aux Femmes

PMA : Procréation médicalement assistée

REGINE : Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe

TGI : tribunal de grande instance (devenu le tribunal judiciaire – TJ par la suite)

TPE : tribunal pour enfants

URSSAF : Union de Recouvrement des cotisations de Sécurité Sociale et d’Allocations Familiales

Introduction

1. « *Le législateur n'a – à juste titre – vu aucune raison de déroger à l'habituelle rédaction asexuée des textes d'incrimination et continue ainsi de considérer qu'en droit pénal, les femmes sont des hommes comme les autres* »¹ estimait Valérie Malabat en 2014 à propos de la loi relative à l'égalité réelle entre hommes et femmes².

2. Ce jugement tranché de l'auteure, qui s'aligne sur la position législative française défavorable à une approche spécifique genrée des infractions appelle à réflexion. En effet, au-delà du dogme d'une égalité stricte institué par le droit français, le constat est celui d'une profonde inégalité traduite notamment par une surreprésentation des femmes victimes de violences, étant même presque exclusive pour certaines infractions spécifiques. Elles représentent par exemple 88% des victimes de violences conjugales³.

Enjeu sociétal et juridique grandissant, la question de l'établissement d'un droit pénal spécial visant à protéger les femmes des violences dites sexospécifiques par l'instauration d'infractions genrées se pose de plus en plus depuis le début du XXI^{ème} siècle, en partie grâce à l'essor d'une vision plus souple du principe d'égalité, qui constituait jusqu'à présent le principal obstacle à une telle modification des infractions pénales.

3. La question des droits et statuts accordés aux femmes n'est d'ailleurs pas nouvelle, elle s'est posée tout au long de l'Histoire, où elles sont généralement apparues comme inférieures aux hommes en général, et comme obéissant à leur père ou mari en particulier. L'émancipation de la femme a été un enjeu social important pour presque toutes les époques, aboutissant à l'émergence d'une législation spécifique protégeant la femme.

4. Déjà sous l'Antiquité durant l'âge d'or de l'Empire romain, la notion clé de vie en société était celle de « *pater familias* », ne désignant pas seulement le père de famille, mais le patriarce et citoyen ayant des pouvoirs dans la cité et sur les gens de sa maison. Découle premièrement de ce statut de *pater familias* que les citoyens gouvernant la cité sont des hommes

¹ MALABAT Valérie, « Quand le droit pénal se perd entre égalité réelle et terrorisme éventuel », *Revue de droit pénitentiaire et de droit pénal*, juillet 2014, p623

² Loi relative à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes du 4 août 2014, n°2014-873

³ Ministère de l'intérieur, « *Info rapides 2018* », novembre 2019

et édictent de ce fait les règles gouvernant tous les habitants, dont les femmes, qui, pour les plus riches et nobles d'entre elles ont seulement gouvernance sur leur maison. Par ailleurs, au sein même de la maison, le pater familias fait régner l'ordre et la loi, il a toute puissance sur sa femme, ses enfants et esclaves. Cela se traduit par exemple par le fait que le père peut disposer d'eux librement, notamment par la pratique de l'abandon noxal, où il peut soit décider d'abandonner ses gens (notamment sa femme) auteurs d'une infraction à la vengeance de leur victime, soit offrir une réparation financière. Le statut de la femme libre sous l'Antiquité, est alors inférieur à celui de l'homme citoyen, mais supérieur à celui de ses domestiques, esclaves et inférieurs au sein de la cité. Le statut juridique de la femme va par la suite se dégrader durant le Moyen Age.

5. Avec le développement puis la généralisation du christianisme, la femme voit son statut relégué au rang d'inférieure. Elle est alors vue comme la pécheresse et tentatrice à l'instar d'Eve goûtant le fruit défendu dans la Bible. La femme est alors perçue comme équivalente à ses enfants mineurs et reléguée au même statut qu'eux. Elle n'est vue que comme un bien matériel permettant d'obtenir un avantage marital (qu'il soit une dot, des terres ou un traité de paix), et comme seulement nécessaire à la prospérité d'une lignée du fait de sa capacité à enfanter.

Toutefois, dès le XIIème et XIIIème siècle, avec l'essor et l'enrichissement des cités, les femmes issues de la bourgeoisie et de la noblesse acquièrent de rares droits leur permettant d'exercer certains métiers, le plus souvent de manière informelle auprès de leur époux.

6. Si, avant le XIIème siècle, le mari disposait de droits extrêmement étendus sur son épouse, pouvant aller jusqu'à la tuer s'il la surprenait en flagrant délit d'adultère, il ne disposait pas alors de droit de correction sur sa femme. C'est donc paradoxalement après le XIIème siècle, lorsque le droit passe à une tradition coutumière, que ce droit de correction de l'épouse apparaît, certainement en réponse à la situation particulièrement favorable juridiquement, économiquement et socialement pour ces dernières au regard de l'époque. La coutume indique par exemple que la femme mérite d'être punie quand elle « *desnie son mari* » ou le « *maudit* »⁴, c'est-à-dire qu'elle le contredit publiquement, ou encore que « *le mari peut battre et blesser sa femme, la taillader de haut en bas, et se chauffer les pieds dans son sang, il ne commet aucune infraction s'il la recoud et qu'elle survit* »⁵.

⁴ BEAUMANOIR Ph. Coutume de Beauvaisis, XIIIème siècle

⁵ Coutume de Bruges, XIVème siècle

En dépit d'une amélioration de ses droits en société, la condition générale des femmes demeure ainsi très précaire jusqu'à la fin de l'Ancien régime.

7. Il faut attendre la Révolution française pour voir une réelle avancée des droits et protections offerts aux femmes. Dans un contexte de Révolution qui se veut résolument égalitaire, naissent les premières luttes féministes, et apparaissent les premiers vrais droits de la femme. En 1791 Olympe de Gouges, généralement vue comme la première féministe française, publie la *Déclaration des Droits de la Femme et de la Citoyenne*⁶, en réponse à la célèbre Déclaration de l'Homme et du Citoyen, où elle revendique le droit de vote des femmes⁷. Toutefois, ces avancées juridiques et philosophiques pour le droit des femmes restent limitées et fugaces. D'une part les femmes revendiquant leurs droits et leur émancipation sont mal vues et marginalisées par les hommes influents, Lazare Carnot énonçant même qu'« *un fléau terrible détruit nos armées, c'est le troupeau de femmes et de filles qui sont à leur suite* »⁸. Dans les jours suivant cette déclaration, un décret fut promulgué, reléguant les femmes à des rôles domestiques ou d'épouses au sein de l'armée⁹. D'autre part, le régime de la Révolution, immédiatement suivi par celui de la Terreur fut très bref, l'ascension de Napoléon faisant revenir le droit à un modèle moins égalitaire.

8. Le droit à partir du Premier Empire est ainsi marqué par une nouvelle séparation juridique entre hommes et femmes, la société y retrouve une division sexuée très prononcée. La femme s'y trouve déchu de tous ses droits juridiques, passant entièrement sous la domination de son époux¹⁰, possédant des devoirs, mais aucun droit¹¹.

Au cours de l'époque moderne, le militantisme féministe devient de plus en plus virulent et répandu. Le féminisme est un courant philosophique, sociologique, juridique et militant luttant pour une égalité réelle entre les hommes et les femmes, en prenant en compte les discriminations systémiques dont ces dernières sont victimes dès la naissance.

La lutte féministe se base sur le présupposé de l'existence d'une société patriarcale, c'est-à-dire une société favorisant les hommes par rapport aux femmes causée par l'évolution historique et

⁶ DE GOUGES O., *Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne*, 5 septembre 1791

⁷ Les femmes avaient été exclues du droit de voter à l'Assemblée nationale le 22 décembre 1789

⁸ En 1793, Carnot, inspectant l'armée de Douai se rend compte qu'elle est composée de 3000 femmes et 350 hommes.

⁹ Décret n°804 du 3 mai 1793

¹⁰ L'article 1224 du Code Civil « exclut (...) les femmes mariées de conclure le moindre contrat ou obligation conventionnelle ».

¹¹ Les femmes sont en revanche considérées comme responsables civilement de tous leurs actes

religieuse de la société. Plusieurs exemples significatifs peuvent illustrer ce concept à travers le monde, par exemple la politique de l'enfant unique en Chine ayant entraîné des milliers d'homicides sélectifs de jeunes filles car leurs familles préféraient avoir un garçon. Le féminisme est intrinsèquement lié au droit, puisque le but de cette idéologie militante est la promotion de nouveaux droits concernant les femmes et les protégeant. Il parvient même au cours du XXème siècle à traduire dans la loi de nombreux droits pour les femmes, par trois vagues successives.

9. La première promeut l'adoption du droit de vote des femmes¹², issu principalement de l'héritage de la guerre, où les femmes se sont montrées aptes à travailler dans les usines et gérer la société en l'absence des hommes, et du combat mené par les suffragettes outre-Manche.

10. Dans un deuxième temps, elles obtiennent le droit de disposer librement de leur corps et de leur personne. Ces évolutions se traduisent par de nombreux droits, dont les plus connus résultent de la liberté sexuelle, comme celui à la contraception¹³, mais également des libertés touchant au travail parmi lesquelles la liberté de travailler, toucher un salaire et le gérer librement, ou ouvrir seule un compte en banque.

11. Enfin, une dernière vague de féminisme plus récente a lieu depuis les années 90, mettant en exergue la notion de genre et adoptant une vision inclusive de la féminité, traduite en droit notamment par l'évolution des droits de la communauté LGBT¹⁴, des femmes issues de minorités ou en situation précaire.

12. Le genre est un concept popularisé depuis le XXème siècle. La notion est complexe, notamment en raison de la polysémie du mot en fonction de la catégorie observée. S'il existait auparavant, le concept de genre trouve son sens contemporain dans la seconde moitié du XXème siècle dans les « *gender studies* ». Ces études américaines sont théorisées au sein des grandes universités des Etats Unis durant les années 1970. Ces études pluridisciplinaires, regroupant sociologie, politique et droit, popularisent le concept de genre et tendent à promouvoir une vision féministe des femmes et de leurs droits, notamment en termes d'égalité entre les sexes. Le phénomène s'est par la suite étendu au reste du monde, elles n'ont toutefois reçu qu'un faible écho en France où elles apparaissent à partir des années 2000.

¹² Ordonnance du 21 avril 1944 accordant le droit de vote aux femmes

¹³ Loi relative à la régulation des naissances dite Neuwirth, du 28 décembre 1967, 67-1176

¹⁴ Cette évolution est encore d'actualité, notamment par le biais de la Loi Bioéthique du 2 août 2021 (n°2021-1017) autorisant la PMA aux couples lesbiens et femmes seules.

13. Le genre est d'abord pensé comme un outil politique, sociologique et scientifique permettant de décatégoriser, d'apporter une analyse critique sur les rapports de domination Hommes-Femmes et de remettre en cause les catégories sexuées. Les recherches le concernant se sont élargies par la suite à d'autres dimensions, particulièrement aux sphères juridiques et militantes.

14. Pour Joan W. Scott, historienne et militante américaine spécialisée sur le sujet, « *le genre constitue une manière première de signifier le pouvoir* »¹⁵. Il désigne un rapport social à travers lequel les catégories de sexe, ainsi que les valeurs et représentations qui leur sont associées, sont produites en même temps que hiérarchisées.

15. Le genre est généralement assimilé au sexe, ainsi divisé entre genre féminin et masculin, par analogie avec les sexes biologiques. Cette approche dualiste est toutefois de plus en plus abandonnée, car elle tend à ostraciser tous les individus ne correspondant pas à leur sexe de naissance notamment les personnes transgenres. Le terme de genre apparaît alors comme plus large et inclusif, le « genre féminin » permettant de se référer à toutes les personnes d'appartenance au groupe féminin, qu'elles soient ou non biologiquement des femmes, du moment que leur apparence les rattache à ce groupe et par conséquent aux stéréotypes et violences inhérentes. Aussi, par souci de clarté, les termes de « sexe » et de « femme » employés ici se référeront aux personnes dont le genre apparent est féminin, les rendant susceptibles de subir des violences de genre parce qu'elles paraissent comme telles.

16. Le terme de genre n'apparaît que peu dans la législation française. Bien qu'il n'en soit pas totalement absent, le terme de « sexe » lui est souvent préféré, le genre n'est souvent employé que pour désigner « l'identité de genre » et non le féminin dans sa globalité ou le masculin dans sa globalité¹⁶.

17. La conception moderne du genre permet d'établir la possibilité d'infractions genrées, aussi appelées infractions sexospécifiques. En effet, si, du fait de leur sexe, les femmes subissent des violences sexospécifiques basées sur leur genre, définies comme « *toute violence faite à l'égard d'une femme parce qu'elle est une femme ou affectant les femmes de manière disproportionnée* »¹⁷, représentant une violation des droits de l'homme et une forme de discrimination à l'égard des seules femmes, une appréhension pénale spécifique du phénomène

¹⁵ SCOTT Joan W, « Genre : une catégorie utile d'analyse historique », *Les cahiers du GRIF*, 1988, p.141

¹⁶ Code Pénal, article 225-1

¹⁷ Assemblée nationale, *Avis sur les violences contre les femmes et les féminicides* du 7 juin 2016

doit être envisagée, notamment sous le prisme de la création ou de la modification d'infractions pénales.

18. A travers le temps, le processus historique de construction et de développement des droits et de la protection juridique offerte aux femmes a suivi une évolution en deux étapes. Premièrement, lui ont été octroyés des droits et un statut propre, lui conférant dignité et indépendance. Par la suite, la liberté de la femme passe par la dépénalisation de comportements ne visant qu'elle, ou la visant très majoritairement, la plus célèbre étant la dépénalisation de l'avortement.

19. Il apparaît alors comme une continuité logique de développement d'une meilleure protection des femmes de poursuivre sur cette lancée de dépénalisation des infractions les stigmatisant encore en vigueur, mais aussi de dépasser cette seconde étape pour en créer une troisième et ultime : la création de nouvelles infractions qui, cette fois, auraient pour but principal et spécifique de protéger la Femme.

20. Non seulement une telle évolution du droit s'inscrit dans un processus historique, mais elle est aussi en accord avec la vision contemporaine du droit international, globalement très favorable à une protection accrue des femmes, passant notamment par de telles infractions genrées. Le processus se concrétise d'ailleurs en France par la ratification de la Convention d'Istanbul¹⁸, véritable fer de lance de la lutte continentale contre la violence faite aux femmes, mais aussi pour l'adoption en Europe d'une infraction autonome de féminicide et l'instauration d'une égalité réelle au sein des états signataires.

Par ailleurs, développer un nouveau régime pénal genré apporterait une réponse à une criminalité grandissante que la répression pénale en vigueur semble impuissante à juguler.

21. Une telle modification du droit ne se ferait pas sans heurts toutefois, puisqu'elle a jusqu'à présent toujours été refusée en raison du principe à valeur constitutionnelle d'égalité, empêchant à priori l'instauration d'une telle différenciation entre hommes et femmes au sein du droit pénal, et plus spécifiquement, dans l'adoption de nouvelles infractions pénales. Ce n'est qu'à la lumière de la potentielle compatibilité entre le principe d'égalité et l'instauration d'infractions protégeant les femmes, fussent-elles sexospécifiques, qu'une telle transformation juridique radicale pourrait être envisagée.

¹⁸ Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (dite convention d'Istanbul), adoptée le 7 avril 2011, ratifiée par la France en avril 2014

Cette évolution du droit permettrait pourtant de corriger les nombreuses inégalités sociales de fait dont sont victimes toutes les femmes, instaurant une égalité réelle entre tous les justiciables de la commission de l'infraction à la fin de la chaîne pénale, notamment en ce qui concerne la détention.

22. Doit ainsi être examiné le rapport entre la légalité d'une approche sexospécifique des infractions et la pertinence et le bénéfice qu'offrirait une approche genrée du droit pénal concernant la protection des femmes.

En effet, si une telle approche genrée du droit pénal n'a jamais été adoptée en France, c'est que les principes fondateurs mêmes du droit pénal semblent en contradiction avec elle. Le constat d'un droit en vigueur n'offrant pas des résultats satisfaisants en la matière et la nécessité d'une évolution au regard du droit pénal semble difficilement conciliable avec l'exigence imposée au législateur de rester pénalement neutre dans la définition de ses incriminations inhérente au principe d'égalité, constituant au premier abord un réel obstacle à une telle modification du droit.

23. Néanmoins, l'obstacle de surface dressé par le principe d'égalité à l'instauration d'une infraction genrée n'est-il pas dépassable ? Même dans l'hypothèse où il serait insurmontable, toute approche sexospécifique du droit pénal visant à protéger les femmes serait-elle rendue impossible ?

24. Plusieurs approches d'une modification sexospécifique du droit pénal peuvent être développées, notamment à raison de leur faisabilité au regard du droit positif et aux contraintes législatives qu'elles impliquent. Une telle approche poursuivant le même objectif de protection de la femme peut ainsi aller de la plus petite modification de la définition d'une infraction existante améliorant leur protection pénale sans imposer un caractère genré à l'infraction, à son émanation la plus radicale : l'infraction sexospécifique, en passant par une modification du traitement pénal des femmes (**Partie 2**).

Néanmoins, la teneur de ce changement ne pourra être transcrite effectivement dans le droit qu'après un examen comparatif approfondi de sa nécessité et de sa compatibilité avec le principe d'égalité, en ne prenant pas uniquement en compte non seulement la vision constitutionnelle classique de l'égalité, mais bien toutes les possibilités légales et doctrinales qu'offre le principe (**Partie 1**).

PARTIE 1 : La protection pénale des femmes : une réforme nécessaire aux possibilités limitées

25. L'adoption d'une approche sexospécifique du droit pénal - c'est-à-dire d'un droit pénal spécifiquement dédié à la protection des femmes - fait l'objet de nombreux questionnements de la part de la doctrine, notamment quant à sa définition, son utilité vis-à-vis du droit positif, et surtout quant à sa mise en œuvre concrète.

Les politiques, et dans une moindre mesure le législateur, semblent accorder par leur discours une grande importance au développement d'une protection pénale spécifique des femmes victimes d'infractions pénales, en particulier en matière de violences domestiques et conjugales. Cet engagement se traduit par une surabondance de textes juridiques de différents horizons. Tous paraissent ainsi se préoccuper de cette problématique juridique et considérer comme urgent d'y apporter une réponse plus adaptée. En effet, le nombre extrêmement important de femmes victimes, dont la croissance ne cesse d'être rappelée dans l'actualité, inquiète et appelle à explications, ou du moins examen des moyens pénaux mis en œuvre pour appréhender ce phénomène systémique. La protection des femmes apparaît donc comme un enjeu majeur du droit pénal français en l'état peu efficace pour appréhender et réprimer les infractions dont elles sont victimes.

26. Toutefois, en dépit d'une adaptation constante démontrant de l'inefficacité des normes en vigueur, le droit pénal français se montre extrêmement réticent, voire hostile à adopter une approche sexospécifique des infractions pénales. Est alors préférée dans le droit positif une approche genrée du droit très restreinte, limitant le caractère sexospécifique au seul esprit ou nom de la loi, au débat parlementaire ou à une contrainte biologique. En résulte que l'approche sexospécifique du droit pénal est presque absente des textes de loi français (**Titre 1**).

27. Une telle absence est généralement justifiée dans le droit français par l'obstacle que constituerait le principe d'égalité, principe cardinal en matière pénale. En effet, ce principe exigeant du droit qu'il soit le même pour tous tant dans la loi que devant la Justice (du moins lorsque les situations comparées sont semblables) ne permet pas l'établissement des infractions sexospécifiques, puisque celles-ci établissent des traitements différents en fonction du genre des justiciables.

28. Or, si le principe d'égalité, compris par la loi et la Constitution selon une acception formelle et stricte empêche effectivement en principe la création de ces infractions, de même

que les exceptions relatives aux traitements différents de situations différentes et d'intérêt général définies par la jurisprudence constitutionnelle.

Une troisième voie peut cependant être envisagée sous le prisme de l'évolution récente de l'égalité, passant d'une vision formelle, telle que consacrée actuellement à une égalité réelle ou substantielle, portée non seulement en doctrine et dans le droit communautaire, mais également par quelques timides textes français (**Titre 2**).

TITRE 1 : Le constat d'une approche sexospécifique minimale en droit français

29. Une réflexion sur une modification genrée du droit pénal doit nécessairement partir du constat de sa nécessité. En effet, la loi pénale semble ces dernières années s'être dévoyée par le biais de la publication de quantité de lois répondant à des utilités politiques ou issues de faits divers et dépourvue de but juridique. Ce phénomène ressortant de l'autotrophie de la loi pénale, s'il n'est pas nouveau, ne présente pas de réel intérêt pénal, tout au plus en a-t-il socialement.

30. En dépit de ces nombreuses réformes, il n'existe pas à l'heure actuelle d'infractions sexospécifiques à proprement parler en droit pénal, la seule approche genrée existante étant celle motivée par des impératifs biologiques liés au sexe féminin (**Chapitre 2**).

31. Il ne s'agit donc pas ici de proposer une réforme à tout prix, mais bien d'évaluer si, au vu de la situation judiciaire en France, et du droit pénal positif, une réforme dépassant cette approche genrée sexospécifique minimale est nécessaire et serait bénéfique aux justiciables (**Chapitre 1**).

Chapitre 1 : Une approche genrée minimale en droit français

32. Inscrits dans le cadre d'une violence systémique (**Section 1**) et faute d'un régime de protection des femmes unifié, les rapports de genre font l'objet en France d'un intérêt politique superficiel (**Section 3**). Le caractère sexospécifique du droit pénal résulte en effet uniquement d'un esprit de la loi genré (**Section 4**), insuffisant à appréhender seul le phénomène des violences faites aux femmes (**Section 2**).

Section 1 : Le caractère systémique des violences de genre

33. Le droit, et plus spécifiquement le droit pénal, est extrêmement dépendant de la société qu'il régit. Sont érigés en infraction les comportements dont il n'est pas socialement admis qu'ils aient lieu, c'est pourquoi selon les mœurs d'une société des comportements très divers pourront être ou ne pas être répréhensibles et prohibés par la loi pénale. Le contexte social global, aussi appelé contexte systémique a donc une grande importance dans l'apparition et la modulation de la loi pénale, et plus particulièrement dans la création des infractions.

34. Or, de manière systémique, dans la société française contemporaine, la femme demeure encore et toujours vue comme un citoyen de seconde classe. Le secteur le plus marquant de ces disparités est bien entendu le monde du travail, en particulier celui des entreprises privées, assujetties aux normes du droit du travail. En effet, si la loi dispose que « *Sont considérés comme ayant une valeur égale, les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilités et de charge physique ou nerveuse* »¹⁹, transcrivant dans la loi l'adage « *à travail égal salaire égal* »²⁰, un écart salarial conséquent persiste entre les hommes et les femmes. Une étude récente de l'INSEE réalisée en 2017 a effectivement mis en valeur une infériorité de salaire des femmes de 28,5% par rapport à celui des hommes. Ce résultat global prend en compte plusieurs variables comme le fait que les femmes travaillent plus souvent à temps partiel, mais aussi qu'elles bénéficient de moins de promotions. En considérant des salariés à poste égal et niveau de formation égal, bien que ce taux tombe à 16,8%, il reste très significatif²¹. En dépit de la loi qui prohibe l'inégalité salariale en raison du sexe, et par là-même une discrimination injustifiée, une réelle différence demeure entre hommes et femmes dans le secteur privé.

Cette différence entre les genres au travail n'est qu'un exemple symptomatique d'une réalité plus globale de la situation juridique des femmes en France.

35. Si, depuis l'Ancien Régime, le droit pénal suit fermement une position non genrée et s'applique à tous de manière identique, la volonté de protéger spécialement les femmes n'est pas mise de côté par l'Etat, traduite par l'action des instances judiciaires et législatives débattant et remettant fréquemment ce sujet sur le devant de la scène. Le but commun de ces réflexions tend au développement d'un nouveau régime juridique, judiciaire et social, ainsi que de nouvelles solutions en la matière, passant notamment par la réalisation de plusieurs évènements réunissant les professionnels du droit comme le Grenelle²² de 2019. Cet intérêt politique de premier plan se traduit également par la signature de traités internationaux²³ d'ampleur.

¹⁹ Code du Travail, Article L3321-4

²⁰ Cass Soc. 29 octobre 1996 *Ponsolle*, n°92-43.680

²¹ INSEE, *Etude relative à l'inégalité salariale*, 2017

²² Grenelle contre les violences conjugales 3 septembre 2019 – 25 novembre 2019

²³ Op. Cit. Convention d'Istanbul

S'il existe ainsi une réelle volonté de la part des acteurs d'améliorer la protection pénale des femmes en France, elle ne se traduit toutefois pas concrètement dans le droit, en particulier dans les textes mêmes où elle est pour ainsi dire absente.

Section 2 : Le nécessaire développement d'une approche sexospécifique

36. Au vu des statistiques pénales et des études de victimation, il existe un très grand nombre de victimes féminines d'infraction, dont, les auteurs ne sont généralement pas inquiétés ou condamnés. Plusieurs enquêtes ont ainsi établi que de très nombreuses femmes étaient victimes au cours de leur vie d'actes sexuels subis. Selon l'IFOP cette situation est subie par près de la moitié des femmes de plus de 18ans (43%), et 12% des femmes majeures ont quant à elle subi un ou plusieurs viols²⁴. La Justice pénale en matière de protection des femmes semble donc ne pas réussir à traiter de manière efficace ce contentieux.

37. Se pose alors la question de l'utilité et de la pertinence d'utiliser une approche genrée du droit pénal vis-à-vis de cette problématique de vulnérabilité particulière des femmes face au droit pénal. Une évolution d'ampleur du droit serait souhaitable dans la mesure où elle permettrait d'améliorer significativement le droit pénal positif et la condition de la femme en France. En effet, en matière de violences faites aux femmes, le contentieux explose numériquement. En moyenne, le nombre de femmes majeures²⁵ victimes de violences commises par leur conjoint ou ex-conjoint est de 213 000 par an²⁶, dont plus des deux tiers ont subi des faits répétés au sein de cette seule année.

38. De plus, les violences sexospécifiques font l'objet d'une répression extrêmement partielle, d'abord car un très faible nombre d'auteurs sont condamnés à l'issue d'une plainte déposée par une femme victime. Selon une étude lilloise relative au traitement judiciaire des viols par exemple, seuls 0,3% des auteurs de viol comparaissent devant les Cours d'assise²⁷, où ils ont certes de fortes chances d'être condamnés (pour peu qu'ils ne comparaissent pas uniquement pour tentative de viol²⁸), tandis que les jugements au tribunal correctionnel

²⁴ IFOP, *Enquête sur les violences sexuelles*, 23 février 2018

²⁵ L'échantillon prend en compte les femmes entre 18 et 75 ans. ONDRP, *Enquête « cadre de vie et sécurité »*, décembre 2018

²⁶ Ibid

²⁷ Annexe n°1 « *les viols dans la chaîne pénale* »

²⁸ CROMER Sylvie, DARSONVILLE Audrey et autres, *Les viols dans la chaîne pénale : étude lilloise*, Rapport de recherches 2017, HAL

aboutissent bien moins souvent à une condamnation, et s'ils le font, le quantum de la peine est bien inférieur.

39. Le constat est donc celui d'une inefficacité pratique et de terrain des infractions pénales dont les victimes sont majoritairement ou exclusivement des femmes, notamment due à la non prise en compte de la spécificité de la criminalité dont elles sont victimes.

Par ailleurs, une majorité de femmes victimes ne portent pas plainte, ayant soit été découragées par leur entourage ou, plus grave, par les autorités de poursuite, soit n'ayant pas osé le faire car elles connaissaient leur agresseur²⁹. A cet égard par exemple, sur 94 000 femmes victimes de viols et d'agressions sexuelles durant l'année 2019, seules 12% ont porté plainte³⁰. Le chiffre noir des violences sexospécifiques, à savoir la différence entre le nombre de femmes victimes de violences et celles ayant effectivement porté plainte, est donc extrêmement important.

40. Cet écart entre les violences vécues et les violences dénoncées peut s'expliquer par plusieurs facteurs, à commencer par le fait que les femmes ignorent qu'elles ont été victimes d'infractions condamnables, par exemple dans le cas de viols conjugaux ou de violences psychologiques domestiques, mais aussi par peur des représailles. Plus préoccupant, pour une part de ces victimes, le fait de ne pas porter plainte résulte de la complexité du processus judiciaire, certaines ne souhaitant ou ne pouvant investir de l'argent ou du temps à leur défense, et la plupart n'ayant plus confiance dans l'aboutissement de la procédure à une condamnation.

Section 3 : Une frénésie politique sans traduction législative

41. Ainsi, l'égalité homme-femme, et plus généralement les droits des femmes, sont très tributaires des variations politiques et par conséquent des gouvernements et présidences successives, sans oublier un rôle important des députés.

42. Or, si l'égalité homme-femme a été proclamée « *grande cause du quinquennat* » par le président de la République en exercice Emmanuel Macron, et constituait un de ses axes majeurs de campagne présidentielle en 2017, dès son élection, il revient sur l'une de ses promesses les plus importantes : créer un ministère des femmes dédié, qui sera finalement remplacé par un simple secrétariat d'état intitulé « égalité entre les femmes et les hommes, de la diversité et de l'égalité des chances », et qui ne se consacre donc pas exclusivement à l'avancée des droits des femmes. Lors du quinquennat d'Emmanuel Macron, la situation

²⁹ Dans 91% des cas, les victimes connaissaient leur agresseur

³⁰ Op. Cit. *Enquête cadre de vie et sécurité*

juridico-politique des femmes semble alors en recul par rapport à la présidence précédente exercée par l'ancien président de la République François Hollande, qui avait créé un ministère des Droits des femmes, dont le mandat a également été marqué par de très nombreuses lois en matière de protections des femmes³¹.

43. De plus, le budget alloué à l'égalité homme-femme en France en 2020 était d'un milliard d'euros, semblant a priori très conséquent et en hausse depuis 2019. Néanmoins, dès lors que le détail de ce budget est effectué, la réalité économique est tout autre. Premièrement, sur 1 milliard d'euros seuls 557 millions sont garantis disponibles³², soit à peine la moitié. Sur cette somme, près de 72% sont alloués à des programmes déployés à l'étranger. Le budget réel appliqué aux violences faites aux femmes en France est donc très faible.

44. Cette problématique ressort notamment du Grenelle contre les violences conjugales, table ronde réunissant professionnels du droit de tous horizons s'étant tenu entre septembre et novembre 2019, dans le but d'améliorer la prise en charge des femmes, de pointer du doigt les dysfonctionnements pratiques relatifs à ce contentieux et de demander une amélioration concrète du droit.

45. De manière générale, les différents acteurs du Grenelle relèvent un réel besoin de moyens financiers supplémentaires pour prendre en charge les victimes³³. Le Réseau France victimes par exemple³⁴ rappelle qu'il se trouve confronté à devoir gérer deux fois plus de victimes pour le même budget, constat d'autant plus alarmant que les associations d'aide aux victimes ont un rôle prépondérant dans la protection et l'aide à retrouver une vie normale de celles-ci en matière notamment de violences conjugales.

Section 4 : Une autotrophie de la norme pénale traduite par un esprit de la loi genré

46. Dès lors, le droit des femmes pourrait paraître en recul en France depuis 2017, pourtant de très nombreuses initiatives, lois ou conventions internationales tentent de légiférer et de faire évoluer la situation des femmes victimes.

³¹ Par exemple la création du Haut Conseil à l'Égalité, le 4ème plan interministériel contre les violences faites aux femmes, ou la Loi dite Mariage pour tous du 17 mai 2013

³² Le chiffre initial d'un milliard n'était qu'une autorisation d'engagement de la part de Bercy, donc la limite supérieure des dépenses maximales pouvant théoriquement être engagées.

³³ Violences conjugales, l'après Grenelle, temps de l'action, les Petites affiches, décembre 2019/ Colloque du barreau de Paris, 25 novembre 2019

³⁴ Réseau France victime est un collectif composé de 130 associations réparties sur l'ensemble du territoire visant à prendre en charge les victimes.

47. Au-delà des nombreux colloques et échanges doctrinaux à propos des violences de genre, de nombreuses réformes pénales et de procédure pénale sont mises en place en la matière. Faisant suite aux travaux du Grenelle, une loi relative aux violences conjugales a été promulguée le 30 juillet 2020³⁵. Plusieurs réformes ont été portées par cette loi, telles que la suspension du droit de visite et d'hébergement de l'enfant mineur au parent violent, la levée du secret médical des médecins lorsque la victime majeure subit des violences qui mettent sa vie en danger immédiat et qu'elle se trouve sous emprise ou encore la constitution d'une circonstance aggravante en cas de harcèlement au sein du couple.

48. Depuis cette loi, d'autres réformes ont pourtant été prises en matière de violences conjugales et de féminicides, souvent au gré des actualités et faits divers de meurtres de femmes par le conjoint, ou des divers confinements durant la pandémie de Covid. Concernant un exemple récent, la Secrétaire d'état à l'égalité homme-femme, en concertation avec le Premier ministre et le Ministre de la Justice a annoncé la création d'un réseau mondial de police de sécurité intérieure, destiné à protéger les femmes victimes de violences conjugales.

49. Deux constats résultent de ces réformes successives et incessantes. Premièrement, et c'est une évidence, le droit en vigueur est insuffisant à appréhender le phénomène des violences faites aux femmes, c'est pourquoi il nécessite des réformes constantes, d'autant plus qu'à l'examen du contenu des réformes, elles sont rarement de grande ampleur.

50. Ainsi, fin juin, le Premier ministre Jean Castex a annoncé six mesures complémentaires de protection des femmes victimes de violences intrafamiliales, principalement des réformes d'ordre procédural. A ce titre est notamment prévu de mettre à disposition d'ici 2022 3000 téléphones « grand danger », soit une augmentation de 62%. D'une part ce chiffre apparaît dérisoire face au nombre de victimes de violences conjugales qui sont en danger de mort selon les associations spécialisées et les refuges d'accueil des femmes battues, d'autre part le délai de deux ans de mise en place de ces téléphones paraît bien long.

51. Ces réformes successives sont par ailleurs symptomatiques du phénomène d'autotrophie de la loi pénale développé dès la fin du XXème siècle par Claude Lombois³⁶, et prises principalement en réaction à l'opinion publique.

³⁵ Loi n°2020-936 du 30 juillet 2020 visant à protéger les victimes de violences conjugales

³⁶ LOMBOIS Cl. « *Passé un certain seuil d'excès la norme pénale a tendance à se reproduire, à essaimer par son énergie propre. Ce phénomène qui évoque le cancer doit être nommé autotrophie de la règle pénale, ce qui veut dire que la règle se nourrit d'elle-même* », *Droit pénal général*, 2 août 2011

52. Par ailleurs l'approche pénale des violences de genre en France est uniforme. En effet, si l'esprit de la loi est ouvertement genré, visant parfois directement dans son titre les « femmes »³⁷, ou évoqué comme tel non seulement à l'Assemblée Nationale, dans les débats et travaux parlementaires, mais aussi par la pratique judiciaire et la doctrine, le caractère genré n'apparaît jamais au sein du texte lui-même.

La loi française conserve ainsi un caractère totalement neutre et agendre, permettant une préservation du principe constitutionnel d'égalité et une application large à tous types de victimes. En ne donnant pas de genre à l'auteur par exemple, elles facilitent une répression large, notamment celle des femmes auteures de violences domestiques sur leur compagnon (les hommes victimes de violences conjugales représentent environ 2% du contentieux), même si elles sont en extrême minorité par rapport à leurs homologues masculins.

53. A l'échelle internationale, à la suite de la Décennie de l'ONU pour la femme, de nombreuses conventions internationales éclosent afin de légiférer en matière de violences sexospécifiques.

Débutant en 1976, la Décennie de l'ONU pour la femme, initie une succession de conventions internationales d'ampleur prises en matière de violences faites aux femmes, dont la plus importante est la Convention Belém do Pará³⁸, ratifiée par la quasi-totalité des pays d'Amérique centrale et du sud.

54. L'avancée la plus importante en la matière ces dernières années en Europe est sans conteste la Convention d'Istanbul³⁹. Signée en avril 2011 et inspirée directement par la position de l'ONU⁴⁰, la « *convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique* » a été ratifiée par la France en 2014. Cette Convention implique un rayonnement d'ampleur puisque de très nombreux états y ont adhéré, parmi eux 21 pays européens, ainsi que l'Union Européenne elle-même depuis juin 2017. Elle a de ce fait permis de faire progresser le droit des femmes au sein de l'Europe, puisqu'elle est le premier instrument international juridiquement contraignant sur ce territoire en matière de violences faites aux femmes. La Convention adopte un point de vue précurseur

³⁷ Loi relative à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, 2014

³⁸ Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (ou Convention Belém do Pará) le 9 juin 1994, Organisation des états américains

³⁹ Op. Cit. Convention d'Istanbul

⁴⁰ Assemblée générale de l'ONU, Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, 20 décembre 1993

en Europe en matière de reconnaissance d'une infraction autonome de féminicide, mais également quant à la nécessité de l'inscription dans le droit d'une égalité réelle entre hommes et femmes dans les états signataires.

Elle est d'ailleurs à l'initiative d'une réforme d'ampleur du droit communautaire relatif aux violences sexospécifiques et domestiques dont l'élaboration par l'Union Européenne est en cours actuellement.

55. Les institutions internationales comme françaises sont conscientes du phénomène systémique que représentent les violences sexospécifiques. Face à l'ampleur du contentieux et la nécessité de modifier le droit afin de mieux appréhender juridiquement et réprimer ces violences, elles tentent chacune à leur manière de réformer le droit applicable aux violences de genre.

56. Si les organes internationaux se portent plutôt en faveur d'une approche sexospécifique des infractions, notamment par le biais du féminicide, la France elle, se montre très réticente à une telle réforme genrée du droit pénal. Elle se contente donc aujourd'hui d'instiguer un réel esprit genré au sein des infractions applicables aux violences faites aux femmes, sans toutefois traduire de caractère sexospécifique au sein de la loi pénale elle-même.

Chapitre 2 : Le constat de l'absence d'infraction sexospécifique en droit pénal

57. L'infraction sexospécifique établit une différence de traitement fondée sur le genre au sein des éléments constitutifs d'une infraction. Encore faut-il déterminer si la différence de traitement vise l'auteur ou la victime de l'infraction. L'infraction sexospécifique sera entendue ici comme toute infraction dont la victime est une femme victime en raison de son genre. Concernant ce dernier point, elle peut l'être pour des raisons systémiques : un comportement inhérent au sexe féminin dans son ensemble est prohibé, ou parce qu'elle est visée en raison de son genre, c'est par exemple le cas des « Incels », ces hommes haïssant les femmes et commettant volontairement des infractions contre elles en tant que groupe, à l'instar de la tuerie commise à l'école Polytechnique de Montréal⁴¹ le 6 décembre 1989.

Si le droit pénal concernant les femmes a fait l'objet d'avancées majeures depuis le XXème siècle (**Section 1**), et alors qu'il existe de nombreuses infractions non genrées s'appliquant aux violences dont elles sont victimes (**Section 2**), il n'existe aucune infraction sexospécifique en France, le législateur leur préférant l'usage de circonstances aggravantes spéciales, ou de droits ponctuels justifiés par un impératif biologique (**Section 3**).

Section 1 : Un essor nuancé du droit des femmes

58. La protection pénale des femmes ne passe pas uniquement par l'institution d'infractions mais également par la dépénalisation de certaines infractions stigmatisant ou discriminant les femmes. De manière générale, principalement depuis le XXème siècle, les droits de la femme, et la protection dont elle bénéficie ont connu une nette avancée. L'avancée la plus représentative en la matière est celle de la libération du corps de la femme, lui permettant progressivement de disposer de son corps, et prendre les choix le concernant librement et seule.

§1 : La dépénalisation de l'avortement

59. L'exemple typique de cette libération des corps féminins est sans conteste la dépénalisation de l'avortement en 1975⁴². Il s'agit d'un cas d'école, car cette dépénalisation,

⁴¹ Dans sa lettre d'adieu expliquant son geste, Marc Lépine, auteur de la tuerie justifie son acte par sa haine des femmes, qu'il considérait comme s'accaparant le rôle des hommes.

⁴² Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse, dite Loi Veil, du 17 janvier 1975 n°75-17

qui avait fait scandale, est issue d'un long combat mené par l'ensemble des féministes françaises majeures du XX^{ème} siècle. Cette légalisation se fait ainsi après le célèbre plaidoyer de Simone Veil en faveur de l'IVG, mais également la signature du Manifeste des 343⁴³, ou encore la défense brillante menée par Gisèle Halimi lors du procès dit de Bobigny⁴⁴. La légalisation de l'avortement est emblématique des avancées juridiques libérant les femmes en ce que la loi a fait suite non seulement à une pratique occulte ininterrompue mais également à un long processus de réflexion doctrinal et philosophique.

60. S'éloignant du seul bien-être physique de la femme et du fœtus et issu d'un impératif biologique de grossesse, l'avortement apparaît comme une problématique féminine. En effet, la législation française met en avant se faisant la liberté de choix de la femme, ne motivant pas la liberté d'avorter par un motif médical. Au contraire, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) reconnaissant un droit à la vie⁴⁵ adopte une position antagoniste, justifiant de la compatibilité de l'avortement⁴⁶ avec le droit à la vie par la protection de la santé de la femme⁴⁷. En se basant sur la femme et sa santé, et non sur sa libre disposition de son corps ou son choix, la CEDH renonce à consacrer un droit à l'avortement, et maintient une politique de droits des femmes essentialiste, trouvant son fondement dans leur seule biologie.

61. Cette avancée globale des droits des femmes est récemment de plus en plus mise en péril en France, et plus généralement en Europe. Concernant le fameux cas de l'avortement, celui-ci est de plus en plus remis en cause voire de nouveau pénalisé par certains pays européens comme la Pologne ou la Hongrie. Un recul très net s'est également fait ressentir en matière de féminicides et de violences conjugales au niveau européen et méditerranéen. Si la Convention d'Istanbul⁴⁸ avait représenté une avancée sans précédent dans la lutte contre les violences

⁴³ DE BEAUVOIR S. Manifeste des 343, *Le Nouvel Observateur*, 1971

Le manifeste des 343 (parfois appelé des 343 « salopes ») est une pétition publiée le 5 avril 1971, signée par des femmes célèbres et féministes, dont Simone de Beauvoir, Simone Veil, ou encore Gisèle Halimi – seule avocate signataire – afin d'avouer qu'elles se sont toutes faites avorter illégalement, dans le but de promouvoir la légalisation de l'avortement.

⁴⁴ TPE de Bobigny 11 octobre 1972. Maître Halimi défend une jeune fille mineure accusée d'avoir avorté illégalement après un viol.

⁴⁵ Convention Européenne des droits de l'homme Article 2

⁴⁶ CEDH 20 mars 2007 Tyliac contre Pologne n°5410/03

⁴⁷ LARRALDE Jean Manuel, « la Cour européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes », *RTDH*, 2007

⁴⁸ Op. Cit. Convention d'Istanbul

domestiques, celle-ci fut de courte durée puisque la Turquie, pays où fut signée la Convention, s'en est retirée officiellement en 2021⁴⁹, suivie par la Pologne. D'autres pays d'Europe tels que la Russie ou la Hongrie n'ont même pas ratifié la Convention.

62. En France par ailleurs, les libertés des femmes sur leur corps sont de plus en plus remises en cause. Généralement associées à d'autres questions polémiques, le corps de la femme fait débat : comme lorsqu'il est associé à la religion concernant le voile islamique. Si l'interdiction de la burqa intégrale est aisément compréhensible en raison de la dissimulation du visage qu'elle implique, l'interdiction du burkini dans plusieurs villes de France dont Grenoble elle, questionne. A l'inverse, la question des femens torse dénudé a divisé l'opinion publique.

*§2 : La liberté de disposer de son corps justifiée par la liberté d'expression :
les femens*

63. Les femens, groupe d'activistes féministes radicales créé en 2008 en Ukraine, sont à l'origine de nombreuses manifestations en Europe, où elles protestent seins nus, inscrivant leurs messages revendicatifs sur leur poitrine. Le collectif entend ainsi défendre leurs valeurs politiques et déssexualiser le corps de la femme. Si la Cour de cassation s'est trouvée à plusieurs reprises saisie d'affaires mettant en scène des activistes femens poursuivies du chef d'exhibition sexuelle⁵⁰, elle a fait significativement évoluer sa jurisprudence en la matière en 2020.

64. Le premier cas auquel est confrontée la Cour est celui d'une femem étant entrée au musée Grévin, poitrine dénudée marquée du slogan « *Kill Putin* », et ayant renversé et poignardé le buste de cire du président russe. La prévenue est alors poursuivie des chefs d'exhibition sexuelle et dégradation volontaires du bien d'autrui. La chambre Criminelle juge à cet égard en 2018⁵¹ qu'il y a effectivement eu exhibition sexuelle, mais la Cour d'appel de Paris entre en résistance et relaxe la prévenue de ce chef d'accusation⁵² au motif que selon elle la seule exhibition de la poitrine d'une femme n'entre pas dans les prévisions du délit prévu par

⁴⁹ Le retrait de la Turquie de la Convention d'Istanbul est effectif depuis le 1^{er} juillet 2021

⁵⁰ Code Pénal Article 222-32 al.1 : « *L'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende* »

⁵¹ Cass Crim 10 janvier 2018 17-80.816

⁵² Elle sera néanmoins condamnée pour dégradations volontaires

le Code Pénal dans la mesure où l'intention relevait de l'opinion politique protégée par la Convention européenne des droits de l'Homme⁵³ et était dénuée de toute connotation sexuelle. Ce faisant, elle se base sur l'absence d'élément intentionnel de l'infraction, qui ne permet pas de distinguer nudité politique et nudité à caractère sexuel⁵⁴. Le ministère public forme un second pourvoi, estimant que « *le dol spécial, de l'article 222-32 du code pénal consiste seulement dans l'exposition à la vue d'autrui, dans un lieu public ou accessible aux regards du public d'un corps ou d'une partie de corps dénudé* ».

65. Parallèlement à ces faits, en 2019, la chambre Criminelle statue sur une autre affaire relative aux femens. En 2013 une militante femem s'était introduite au sein de l'église de la Madeleine durant une répétition musicale, et y avait simulé un avortement, et uriné sur l'autel. Condamnée en première instance pour exhibition sexuelle, la décision sera confirmée par la Cour de cassation le 9 janvier 2019⁵⁵.

66. Concernant les faits au musée Grévin, lors du second pourvoi⁵⁶, la Haute Cour persiste et juge l'auteure coupable d'exhibition sexuelle, peu important pour elle que sa revendication ait été dénuée de toute connotation sexuelle, réaffirmant son indifférence des mobiles : *Le mobile de la prévenue est indifférent dans la caractérisation de l'infraction. Peu importe par ailleurs, comme n'a pas manqué de le relever la cour d'appel, que « le regard de la société sur le corps des femmes a évolué dans le temps, que l'exposition fréquente de la nudité féminine dans la presse ou la publicité, même dans un contexte à forte connotation sexuelle, ne donne lieu à aucune réaction au nom de la morale publique ».* Peu importe également que la forme d'action militante des Femem « s'analyse comme un refus de la sexualisation du corps de la femme »⁵⁷. Le délit d'exhibition sexuelle est donc retenu une nouvelle fois devant la Cour relativement à la nudité de la poitrine des femens.

67. Néanmoins, la Cour doit dans un second temps se prononcer sur la proportionnalité de l'ingérence d'une telle condamnation dans la liberté d'expression⁵⁸. La chambre Criminelle n'avait pas retenu cet argument à l'appui de la requérante dans l'affaire de l'église de la Madeleine. Pour elle, il n'y avait pas d'atteinte excessive à la liberté d'expression, qui devait

⁵³ Convention Européenne des droits de l'homme Article 10

⁵⁴ TRICOIRE Agnès, PERROUD Thomas, Chronique, *Légipresse* 2019, 144

⁵⁵ Cass Crim. 9 janv. 2019, n° 17-81.618

⁵⁶ Cass Crim. 26 février 2020, n°19-81.827

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ La plaignante fait valoir une violation de l'article 10 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme garantissant le droit à la liberté d'expression

être conciliée en l'espèce avec le droit pour autrui de ne pas être troublé dans la pratique de sa religion, garanti par l'article 9 de la Convention.

68. En revanche, en 2020, la chambre Criminelle, validant la condamnation pour exhibition sexuelle, va invoquer une cause d'irresponsabilité pénale de la militante fondée sur une cause justificative. Elle énonce que « *l'arrêt n'encourt pas la censure, dès lors qu'il résulte des énonciations des juges du fond que le comportement de la prévenue s'inscrit dans une démarche de protestation politique, et que son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression* ». La Cour du quai de l'horloge introduit ainsi une autorisation de la loi permettant la relaxe de la femme mise en cause. Elle déduit de l'article 122-4 du Code pénal⁵⁹ que la Convention européenne est une disposition qui permet de justifier objectivement le délit d'exhibition sexuelle si elle se revendique d'une liberté supérieure aux valeurs protégées par l'incrimination⁶⁰. La Cour reconnaît dans cet arrêt pour la première fois, en raison de la nature et du contexte de l'action militante poursuivie, une possibilité pour les femmes de revendiquer la liberté d'expression politique leur permettant d'échapper à la condamnation pour exhibition sexuelle qui semble leur être inévitable autrement.

69. En dépit de cette avancée louable en 2020 en faveur de la liberté d'expression, et du fait que la militante femme ait été relaxée in fine, il paraît choquant que le seul dénudement de la poitrine d'une femme soit encore constitutif d'une exhibition sexuelle, y compris lorsqu'aucune connotation sexuelle n'apparaît par ce geste.

Section 2 : L'insuffisance des infractions existantes s'appliquant aux violences faites aux femmes

70. De nombreuses infractions existantes s'appliquent aux violences sexospécifiques que subissent les femmes. Plusieurs grandes catégories d'infractions peuvent ainsi régir les violences de genre, puisque tous types d'infractions, de violences ou de discriminations arbitraires peuvent constituer des violences sexospécifiques, pourvu qu'elles trouvent leur source dans le genre de la victime. Si certaines infractions, comme celles relatives aux violences

⁵⁹ Selon lequel « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* »

⁶⁰ Elle applique une jurisprudence analogue à celle antérieure à juin 2020 relative à la détention de documents faisant l'apologie du terrorisme du moment que ceux-ci sont détenus de bonne foi. Cette position a par la suite été condamnée par le Conseil Constitutionnel en matière d'apologie au terrorisme.

sexuelles sont surreprésentées en la matière, par principe, toute infraction pénale peut avoir une dimension genrée, sans pour autant constituer une infraction sexospécifique à proprement parler.

71. Au-delà des infractions générales qui peuvent s'appliquer aux violences faites aux femmes, plusieurs évolutions successives du droit pénal doivent être remarquées en la matière. Ainsi, en 1992, apparaît la circonstance aggravante personnelle de commission par le conjoint, le concubin ou le partenaire de la victime. D'abord elle ne concerne que certaines infractions précises : les violences volontaires, la torture et les actes de barbarie.⁶¹ Toutefois, au fil des réformes au cours des années suivantes la circonstance aggravante, « érigée en principe solennel⁶² », fait l'objet d'un article indépendant dans le Code Pénal⁶³ et s'étend à l'ensemble des principales infractions relevant des violences faites aux femmes, par exemple le harcèlement par conjoint⁶⁴ ou le viol conjugal⁶⁵.

72. Dans un second temps, en 2004, la circonstance aggravante en raison du sexe apparaît concernant les injures⁶⁶, la diffamation⁶⁷ et les incitations à la haine⁶⁸. Cette seconde circonstance aggravante sera généralisée à de plus nombreux crimes et délits par l'article 171 de la loi du 27 janvier 2017⁶⁹, disposant que « *Lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée* ». Néanmoins, elle ne s'applique pas à certaines infractions, notamment lorsqu'elles sont déjà aggravées. Ainsi elle ne peut par exemple pas être cumulée avec la circonstance aggravante de commission par le conjoint.

⁶¹ Elle n'est pas pour autant reconnue comme une circonstance aggravante générale, ne s'appliquant pas à toutes les infractions pénales

⁶² MAYAUD Y. commentaire sous arrêt de la Cour de cassation, Crim 7 avril 2009, AJ Pénal 2009 p313

⁶³ Code Pénal Article 132-80

⁶⁴ Code Pénal Article 222-33-2-1

⁶⁵ Code Pénal Articles 222-24 11° et 132-80

⁶⁶ Loi du 29 juillet 1881 article 33

⁶⁷ Ibid article 32

⁶⁸ Ibid article 24

Chacune de ces infractions est également punie si elle est commise dans le cadre privé d'une contravention de 5^{ème} classe, par le Code Pénal.

⁶⁹ Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, 27 janvier 2017 n°2017-86

73. La loi du 3 août 2018 relative au renforcement de la lutte contre les violences sexuelles et sexistes reconnaît une nouvelle infraction d'outrage sexiste afin de compléter les dispositions des harcèlements sexuels et moraux⁷⁰.

74. En dépit du très grand nombre d'infractions qui pourraient s'appliquer aux faits de violence sexospécifique, le législateur français ne consacre aucune infraction sexospécifique à proprement parler, leur préférant en droit pénal l'usage de circonstances aggravantes.

Section 3 : L'impératif biologique, unique justification de la protection sexospécifique des femmes

75. Le droit français se refuse à reconnaître une protection sexospécifique directe des infractions pénales. Néanmoins, il fait une exception concernant les impératifs biologiques que connaît la femme.

76. La seule protection genrée transparaissant dans le texte de la loi est en effet celle de la femme enceinte, qui bénéficie lors de sa grossesse d'une protection spécifique de la part du Code Pénal et du Code du Travail⁷¹, par exemple une disposition spéciale de lutte contre les discriminations⁷² et de plusieurs droits tels que le congé maternité⁷³ ou le droit à l'avortement⁷⁴. Cependant, la protection spécifique dont fait l'objet la femme enceinte n'a rien à voir avec une protection de ses intérêts propres en tant que femme, mais bien plus de l'état de vulnérabilité dans lequel elle se trouve lors de sa grossesse, et de la protection de la vie de l'enfant à naître. Cette protection est bien plus motivée par un état physiologique que par une volonté de protéger la mère en tant que telle.

La Cour de Justice de l'Union Européenne (et avant elle la CJCE) adopte une vision analogue. En 1988⁷⁵, elle condamnait la France pour avoir adopté des dispositions sexospécifiques au profit des femmes non justifiées par des raisons biologiques. Pour elle, adopter des droits spécifiques en faveur des femmes sans que cela ne soit justifié par une qualité physique ou biologique inhérente à leur sexe va à l'encontre de l'égalité de traitement.

⁷⁰ Code Pénal Article 621-1

⁷¹ Elle bénéficie par exemple d'une protection contre le licenciement durant la grossesse au titre de l'article L1225-4 du Code du Travail.

⁷² Code Pénal Article 225-1

⁷³ Code du Travail Article L1225-16

⁷⁴ Op. Cit. Loi Veil

⁷⁵ CJCE, 25 octobre 1988, *Commission contre France*, n°312/86.

La protection résultant d'une différenciation essentialiste, c'est à dire motivée par la différence biologique entre les hommes et les femmes, constitue une approche genrée du droit minimale établissant la biologie comme seule spécificité des femmes. Si cette approche peut permettre l'émancipation du corps de la femme dans un premier temps, elle peut aussi être dévoyée à des fins moins glorieuses.

77. Ce phénomène de différenciation basée sur l'apparence féminine et le sexe biologique est exacerbé dans certains domaines des violences faites aux femmes, qui font, eux l'objet d'une répression et de réformes constantes, ce qui n'empêche pas leur traitement pénal d'être inefficace.

78. Ainsi, s'il est indéniable que la condition juridique de la femme s'est globalement améliorée en matière pénale depuis le XXème siècle, la nécessité de réformer la protection pénale des femmes découle de deux constats.

Premièrement, il n'existe pas en l'état du droit de réelle infraction sexospécifique en droit pénal français, mais uniquement une approche sexospécifique restreinte du droit pénal passant par deux mécanismes complémentaires : d'une part l'institution de circonstances aggravantes non genrées mais visant à protéger une majorité de femmes, et d'autre part une protection spécifique de la femme à raison de sa féminité biologique - en particulier de sa grossesse - susceptible de mener à de nombreuses dérives rendant polémique l'ensemble de son corps.

Par ailleurs, toute modification d'ampleur de la loi pénale relative aux femmes est le fruit d'une longue lutte doctrinale, sociale et juridique. Les droits des femmes semblent particulièrement fragiles et plus prompts à être remis en cause que d'autres champs de la loi pénale, probablement car il s'agit d'une matière grandement dépendante de la politique et de la société dans laquelle elle évolue, à l'instar par exemple du droit encadrant les mineurs, lui aussi sujet à de nombreux allers-retours législatifs.

TITRE 2 : L'établissement d'une approche sexospécifique contrainte par le principe d'égalité

79. Principe fondateur du droit français repris dans la devise du pays⁷⁶, le principe d'égalité est l'un des points d'orgue du droit pénal contemporain. Il est en effet omniprésent dans les normes françaises et européennes. Reconnu comme principe à valeur constitutionnelle, au sein du seul bloc de constitutionnalité il figure non seulement dans la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen - qui énonce que « *les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits* »⁷⁷ - mais aussi dans les Préambules des Constitutions de 1946 et 1958, de même que dans la Constitution elle-même.

Le principe d'égalité n'est pas un droit comme les autres, il fait office de « *droit des droits* », occupant une place fondamentale et prépondérante parmi les droits fondamentaux ; comme le souligne la doctrine : « *les sources textuelles du principe d'égalité possèdent une richesse sans équivalent par rapport à celles des autres droits fondamentaux* »⁷⁸.

Véritable Janus⁷⁹, il reflète deux facettes en matière répressive. D'une part il participe à la protection et à la concrétisation de ce principe égalitaire, en érigeant certaines discriminations injustifiées au rang d'infractions, et d'autre part, il s'impose au droit pénal lui-même, et commande donc aux textes pénaux de respecter l'égalité lors de leur application.

80. Véritable garde-fou du droit répressif, le principe d'égalité a pour vocation de s'assurer que les normes en vigueur en France ne sont pas arbitrairement discriminatoires envers une frange de la population, constituant un véritable filtre de la loi pénale.

De ce fait, toute nouvelle norme qui entend s'appliquer spécifiquement à un groupe - telles que les infractions sexospécifiques concernant le genre - se confronte au potentiel obstacle de l'égalité prise sous un prisme formel. En dépit des exceptions autorisées par la jurisprudence constitutionnelle en la matière, l'obstacle constitué par le principe d'égalité semble au regard des infractions sexospécifiques insurmontable (**Chapitre 1**). Une lecture contemporaine du

⁷⁶ Liberté, égalité, fraternité

⁷⁷ DDHC Article 1^{er}

⁷⁸ MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, octobre 2010

⁷⁹ POTASZKIN Tatiana, « Sur le principe d'égalité devant la Justice pénale dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Recueil Dalloz* 2012 p2910

principe d'égalité inspirée du droit européen et de Common Law, plus concrète et réaliste ne saurait, elle non plus garantir la légalité de l'adoption des infractions sexospécifiques **(Chapitre 2)**.

Chapitre 1 : Le développement d'une approche sexospécifique paralysé par une vision formelle de l'égalité

81. Toute nouvelle infraction doit, avant d'être consacrée par le droit, être confrontée à sa compatibilité avec le principe constitutionnel d'égalité, faute de quoi le projet de loi ne pourra aboutir. Les infractions sexospécifiques ne font pas exception à cette règle, il convient donc de vérifier si elles sont compatibles ou non avec le principe d'égalité.

82. Développé au cours de l'Histoire, le principe d'égalité a été amené à prendre une place prépondérante et essentielle dans le droit français. Retenant une vision stricte de l'égalité (**Section 1**), le droit, et en particulier le droit pénal, se heurte à la rigidité qu'elle implique. C'est pourquoi au cours du temps, le Conseil Constitutionnel va développer une jurisprudence fournie en matière d'égalité, dotant le principe de plusieurs exceptions, ou du moins de tolérances permettant de prendre en compte les hypothèses nécessitant une approche plus souple de ce principe (**Section 2**) sans toutefois le modifier.

Section 1 : Une égalité formelle de principe, obstacle à une vision sexospécifique des infractions

§1 : La consécration d'une vision formelle de l'égalité

83. Si le principe d'égalité paraît issu en France d'un héritage direct de la Révolution française, il existait en réalité bien avant cela dès l'Antiquité. A cette époque déjà, il était théorisé par Aristote⁸⁰, qui distinguait alors entre deux types d'égalité. La première, qu'il nommait égalité absolue ou arithmétique, était une égalité mathématique impliquant une réciprocité totale : tous les individus étant soumis à cette égalité sont schématiquement égaux. La seconde égalité, dite proportionnelle ou géométrique au contraire, faisait appel au concept de justice distributive, une égalité dans la juste proportion, où les plus nécessiteux se voient attribuer une plus grande part.

84. Dès lors, deux visions de l'égalité tendront à s'opposer : celle d'une égalité formelle, correspondant à l'égalité arithmétique, et celle d'une égalité réelle, aussi appelée égalité de fait, correspondant à la seconde vision aristotélicienne.

L'égalité au sens strict sera finalement consacrée, au détriment de l'idée d'une égalité de fait, considérée alors comme utopique. Gracchus Babeuf s'écriait alors « *Taisez-vous misérables !*

⁸⁰ ARISTOTE, *Ethique à Nicomaque*, Broché, 11 février 2004

*L'égalité de fait n'est qu'une chimère ; contentez-vous de l'égalité conditionnelle ; vous êtes égaux devant la loi. Canaille que te faut-il de plus ?*⁸¹ ». La réflexion doctrinale relative à l'égalité réelle ne sera néanmoins jamais véritablement abandonnée⁸².

85. L'égalité atteint son âge d'or lors de la Révolution française, où elle occupe une place exceptionnelle. Figurant à l'article 1^{er} de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen⁸³ et reprise par d'autres articles⁸⁴, elle apparaît comme « *plus fondamentale que la liberté même, parce que l'égalité c'est l'homme même* »⁸⁵. L'égalité telle que vue par la DDHC a une portée éthique, considérant l'ensemble des êtres humains comme étant sur un pied d'égalité en termes de valeurs. Elle tente d'observer une conception universelle dans sa forme la plus absolue et objective.

La Révolution française marque ainsi le point de départ d'une pratique presque ininterrompue de l'égalité formelle en droit pénal continuant de s'appliquer aujourd'hui.

§2 : Une égalité formelle s'opposant à l'adoption d'infractions sexospécifiques

86. La définition française du principe d'égalité, est complexe car il n'en existe pas de définition légale, et aucune ne fait consensus au sein de la doctrine. Selon Nicole Belloubet : « *En ce sens, l'égalité est d'abord un principe de volonté politique, un principe ambigu qui peut revêtir de multiples facettes puisque la sélection des propriétés à prendre en compte pour déterminer l'égalité est subjective et conjoncturelle et ne peut prétendre à l'universalité* »⁸⁶.

La définition est rendue d'autant plus difficile que l'égalité est une matière versatile, qui tend à s'étendre à de plus en plus de domaines et subir des transformations constamment. En droit pénal, le principe d'égalité se traduit par deux grands axes : l'égalité devant la loi et l'égalité devant la Justice. La première, traduite par l'article 6 de la DDHC⁸⁷ exige que la loi pénale soit

⁸¹ DOMMANGET M., Sur Babeuf et la conjuration des égaux, Paris : F. Maspero, Coll. Bibliothèque socialiste, 1970, p. 225 et s. in *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations* y

⁸² MOUREY Laura, *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, Thèse de doctorat (sous la direction du Pr Chantal CUTAJAR), Université de Strasbourg 2012

⁸³ DDHC article 1

⁸⁴ DDHC article 6 et article 13

⁸⁵ VEDEL G., *L'égalité* in COLLIARD C.-A., *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : ses origines, sa pérennité*, Paris : La Documentation française, Actes du colloque du 6-8 mars 1989 tenu à Paris, 1990, p. 172

⁸⁶ BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, n° spécial 20 juillet- 20 août 1998, p 152

⁸⁷ DDHC Article 6 : « *elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège soit qu'elle punisse* »

la même pour tous ceux qu'elle entend punir c'est-à-dire qu'elle doit être appliquée uniformément sans opérer une quelconque distinction tenant à la qualité de l'auteur de l'infraction⁸⁸, et la seconde que tous les justiciables confrontés à des situations analogues soient traités de manière identique par les juridictions⁸⁹. L'égalité applicable en France est une égalité formelle qui tend à se confondre avec le principe de légalité⁹⁰, interdisant tout privilège particulier et imposant le respect des mêmes prescriptions légales à tous. Le principe d'égalité protège ainsi contre l'établissement de discriminations injustifiées.

87. Le principe d'égalité devant la loi, concerné par le risque de rupture d'égalité causé par une infraction genrée, fait l'objet d'une appréhension particulière en matière pénale⁹¹. Tiré de l'article 1 de la DDHC⁹², aux termes duquel « *les hommes naissent libres et égaux en droits* », l'interprétation du principe a été précisée par le Conseil Constitutionnel. Saisi de manière très fréquente en la matière, le haut juge a su établir une jurisprudence fournie en matière d'égalité, depuis qu'elle a consacré le principe en 1973⁹³. Selon le Conseil, afin de respecter le principe d'égalité, le législateur doit traiter de façon similaire des situations semblables.

88. Au seul regard du principe d'égalité, et donc de l'égalité formelle prescrite par le droit français, l'adoption d'infractions sexospécifiques semble impossible, puisque par essence elles résident dans une application sélective du droit pénal en raison du sexe ou du genre, entrant en conflit avec l'interdiction de principe de traitements différenciés par la loi pénale française. Néanmoins, il existe plusieurs exceptions ou atténuations au principe d'égalité.

Section 2 : Une modification genrée du droit impossible malgré les exceptions constitutionnelles

89. Plusieurs limites sont posées au principe d'égalité, permettant d'y porter exception. En effet, très tôt dans la jurisprudence constitutionnelle, le Conseil a précisé que « *le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes*

⁸⁸ CERE J.-P., GREGOIRE L., « Peine : nature et prononcé », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2020

⁸⁹ Code de Procédure Pénale Article préliminaire

⁹⁰ Code Pénal Article 111-3, traduisant l'adage « *Nullem crimen, nulla poena sine lege* »

⁹¹ Ibid.

⁹² DDHC Article 1

⁹³ Conseil Constitutionnel, *Taxation d'office* 27 décembre 1973 DC n°73-51 DC

ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit »⁹⁴. Les juges de la rue Montpensier consacrent ainsi deux exceptions au principe d'égalité, à savoir la différence de situation et l'intérêt général.

§1 : Un traitement différent justifié pour des situations différentes

90. Concernant l'évaluation de la différence de situation, tout d'abord, si le Conseil permet de les traiter différemment, c'est qu'il appelle à une comparaison entre elles. L'appréciation de cette égalité particulière consacrée par la jurisprudence constitutionnelle est nommée égalité par différenciation⁹⁵, traitant distinctement des situations différentes pour garantir l'application identique des mêmes valeurs républicaines⁹⁶.

91. Or, selon la doctrine, il n'existe aucun critère d'objectivité *per se*⁹⁷ permettant d'apprécier factuellement si des situations sont ou non suffisamment différentes, c'est donc au juge et au législateur d'évaluer seuls l'opportunité de la différence de situations par le biais d'une argumentation rationnelle. Par conséquent, dans la plupart des cas, la discussion de la différence ou non de situation est ouverte à débat au regard du seul principe abstrait d'égalité. Guy Braiband rappelle que « *retenir ou écarter une différence pour admettre ou refuser une discrimination, c'est déjà, bien souvent, un choix politique. C'en est un autre de décider si la discrimination est justifiée par un motif, ou une considération, ou un impératif, d'intérêt général* »⁹⁸, soulignant le caractère aléatoire d'une telle évaluation. Un tel caractère est d'autant plus incertain que lorsque le Conseil constitutionnel doit évaluer l'existence ou l'absence d'une différence de situation, il ne donne généralement que très peu d'éléments de justifications de l'orientation de sa décision.

⁹⁴ Il s'agit d'une formule consacrée est utilisée fréquemment par lui, par exemple dans la décision du 18 mars 2009 (Déc n°2009-578 DC).

⁹⁵ DECHENAUD David, *L'égalité en matière pénale*, Thèse de doctorat (sous la direction du Pr Patrick MAISTRE DU CHAMBON), Université de Grenoble 2007

⁹⁶ RIVERO J., *Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français*, Travaux de l'association H. Capitant : D. 1965,

⁹⁷ LASSERRE KIESO Valérie, Philosophie du droit, *L'égalité*, Etude, La Semaine Juridique Edition Générale n° 23, 7 Juin 2010,

⁹⁸ BARROIS DE SALIGNY Céline, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et la jurisprudence* : PUF, 1989, p. 108.

92. A titre d'exemple, le Conseil a ainsi estimé que les combats de coqs et la tauromachie représentaient des situations différentes le 31 juillet 2015⁹⁹. Or, la différence de nature alléguée par les juges n'est jamais explicitée et semble plus matérielle que juridique. Le Conseil se contente de faire référence à un faisceau d'indices relatifs à la volonté du législateur de traiter différemment les deux activités. Selon Bertrand De Lamy, l'arrêt démontre même un effacement du contrôle de constitutionnalité de la part du Conseil tant ses justifications en matière d'égalité sont faibles¹⁰⁰.

§ 2 : Un traitement différent justifié au regard de l'intérêt général

93. Le Conseil constitutionnel juge par ailleurs de manière constante que le principe d'égalité peut être écarté pour des motifs d'intérêt général, pourvu que la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit¹⁰¹. Le Conseil d'Etat adopte une position semblable, de même que la Cour européenne des droits de l'homme, qui exige un but légitime ou une justification objective et raisonnable¹⁰².

94. L'intérêt général peut être défini comme « *ce qui est pour le bien public* »¹⁰³, le bien commun général, et donc, par extension ce qui est bénéfique à une majorité. La doctrine se montre toutefois critique vis-à-vis de cette exception, car elle est elle aussi imprécise en raison du caractère évolutif de la notion d'intérêt général, variant selon les sociétés et les époques¹⁰⁴.

95. Par conséquent concernant la première hypothèse, étant donné que les critères de différenciation légitime sont imprécis (n'est pas explicité par exemple un degré de singularité requis), et que le degré de contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel est insuffisamment

⁹⁹ Conseil Constitutionnel Décision QPC du 31 juillet 2015 n° 2015-477

¹⁰⁰ DE LAMY Bertrand, « France », *Chronique de droit pénal constitutionnel*, RSC 2015 n°3 p705 et suiv

¹⁰¹ Conseil Constitutionnel, Décision DC 27 juillet 2006, 2006-540 DC

¹⁰² Convention européenne des droits de l'homme article 14

¹⁰³ « Intérêt général », in CORNU G. association Henri Capitan, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} édition, 2020, p814

¹⁰⁴ PERELMAN C., *Égalité et justice, conférence du 5 septembre 1976 : Institut international de philosophie politique de Nice*, p. 327.

déterminé¹⁰⁵, il n'apparaît au premier abord pas impossible que des infractions sexospécifiques entrent dans le champ de cette atténuation du principe d'égalité, et soient donc constitutionnelles au sens de ce dernier.

96. De même, concernant l'hypothèse d'intérêt général, étant donné que l'adoption d'infractions sexospécifiques serait bénéfique à la société dans son ensemble, non seulement d'un point de vue juridique et social, permettant de protéger les femmes et assurer la sécurité de tous, mais également d'un point de vue financier, ces infractions pourraient à priori ressortir de l'intérêt général. Dans l'hypothèse où l'infraction sexospécifique constitue une discrimination légale justifiée par l'intérêt général, l'obstacle constitué par le principe d'égalité au sens formel disparaîtrait, et de telles infractions deviendraient légales.

97. Néanmoins, dans les deux hypothèses une telle modification du droit entrerait en contradiction avec l'alinéa 3 du Préambule de la Constitution de 1946, faisant partie intégrante du bloc de constitutionnalité, et ayant donc valeur constitutionnelle. En effet, cet alinéa dispose que « *la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme* »¹⁰⁶, allant à l'encontre de l'adoption d'infractions sexospécifiques bénéficiant aux seules femmes.

98. Certes, il a déjà été fait exception à cet article à plusieurs reprises par le biais de révisions constitutionnelles concernant les politiques de quotas en 1999 en matière d'égalité entre hommes et femmes pour les mandats électoraux¹⁰⁷ et en 2008 concernant les « *responsabilités professionnelles et sociales* »¹⁰⁸, mais le développement d'infractions sexospécifiques porterait une entorse de plus grande ampleur au principe.

L'adoption d'infractions genrées se heurtant à un principe constitutionnel fondamental, celle-ci ne serait envisageable qu'à l'aune d'une réforme constitutionnelle majeure, et d'autant plus improbable qu'elle nécessiterait l'émergence d'une volonté politique forte spécifiquement dédiée à la protection des femmes.

¹⁰⁵ Ce constat ressort également de solutions similaires rendues par le Conseil, not. DECIMA Olivier « Le révisionnisme et l'égalité devant la loi pénale » - Note sous arrêt, La Semaine Juridique Edition Générale, 29 Février 2016,

¹⁰⁶ Préambule de la Constitution de 1946 alinéa 3

¹⁰⁷ Loi constitutionnelle relative à l'égalité entre les femmes et les hommes du 8 juillet 1999, n°99-569

¹⁰⁸ Loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République du 23 juillet 2008 n° 2008-724

99. Les infractions sexospécifiques sont de ce fait tenues en échec par la conception formelle adoptée par la France en matière d'égalité, entravant la possibilité de leur adoption dans le cadre légal.

Dès lors, seule une évolution de la notion même d'égalité pourrait rendre possible l'adoption de ces infractions genrées.

Chapitre 2 : Le développement potentiel d'une approche sexospécifique par une égalité réelle

100. Si le principe d'égalité développé par la loi est incompatible avec le développement des infractions sexospécifiques, une autre conception de l'égalité permettrait-elle au contraire leur adoption ?

L'évolution récente du droit pénal français, sous l'influence du droit européen et de Common Law, est venue modifier le régime relatif au principe d'égalité (**Section 1**). En dépit du soutien de la doctrine, la promotion législative d'une égalité plus pragmatique, réelle et non plus formelle, demeure toutefois une exception qui peine à être concrétisée (**Section 2**).

Section 1 : Le développement de visions alternatives du principe d'égalité

101. Au regard de certaines inégalités persistantes voire grandissantes au sein de la société française, il apparaît rapidement que l'égalité - idéalisée - consacrée par le droit ne pouvait être qu'une utopie, menant au développement d'alternatives juridiques. En effet, si la conception formelle de l'égalité demeure aujourd'hui encore la norme en droit français, le principe a pourtant évolué sous l'influence du droit européen et de la conception américaine de l'égalité.

§1 : Une influence européenne : les discriminations positives

102. En droit européen, la position de la jurisprudence d'abord fermement opposée aux discriminations positives a progressivement évolué à travers plusieurs arrêts, même si la Cour s'y montre encore généralement réticence¹⁰⁹.

Traditionnellement, la Cour de Justice de l'Union Européenne (et avant elle la CJCE) adoptait une vision matérielle de l'égalité interdisant une approche sexospécifique des infractions. La

¹⁰⁹ CJCE Kalanke 17 octobre 1995, C-450/93 et CJCE Badeck, 28 mars 2000 C-158/97

Cour n'acceptait alors les différences de traitement que si elles étaient justifiées par une vulnérabilité issue de conditions biologiques ou psychiques, condamnant en ce sens la France dès 1988¹¹⁰. Elle maintient par la suite une ligne de jurisprudence stricte en matière de différence de traitement sexospécifique¹¹¹. Dans l'arrêt Marshall¹¹² par exemple, elle reprochait au Royaume-Uni d'adopter une égalité de résultat et non une égalité des chances.

103. A la suite de ces jurisprudences strictes en matière de traitement différencié entre les sexes, avec l'adoption du traité d'Amsterdam, l'Union Européenne établit un nouvel objectif de promotion de l'égalité homme femme¹¹³. L'article 13 du traité dispose même que « *le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre des mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe* ».

En dépit de cette réforme, faute d'opportunité la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ne tranchera pas entre égalité formelle et réelle. Néanmoins, l'avocat général Antonio Saggio précise qu'une interprétation stricte de l'égalité n'irait pas dans la ligne de conduite d'une interprétation dynamique de la directive 76/207¹¹⁴ et ne correspondrait pas à l'évolution du droit européen relatif aux objectifs d'actions positives en faveur des femmes. Saggio va même jusqu'à douter du caractère d'exception d'une égalité substantielle en droit communautaire.

L'adoption progressive d'une égalité réelle par le droit de l'Union Européenne semble par la suite se confirmer avec sa ratification de la Convention d'Istanbul en 2017 et ses projets de réformes de la protection des femmes en 2021.

§2 : Une influence anglo-saxonne : l'égalité substantielle

104. Le principe d'égalité substantielle (ou substantive equality) est défini comme la forme d'égalité considérant les besoins spécifiques d'un groupe donné en se basant sur son histoire, ses droits et son traitement social. Cette égalité prend en compte les barrières discriminatoires et systémiques qui existent au sein d'une société sans qu'elles soient forcément volontaires ou visibles.

¹¹⁰ CJCE, 25 octobre 1988, *Commission contre France*, n°312/86.

¹¹¹ Elle condamne en ce sens notamment la Belgique en 1988 puis le Royaume Uni en 1995

¹¹² CJCE 26 février 1986, n°152/84

¹¹³ Traité d'Amsterdam Articles 2 et 3

¹¹⁴ La directive 76/207 fait référence en matière de différence de traitement genré en droit européen

Cette égalité, développée dans plusieurs pays de Common Law, principalement le Canada¹¹⁵ et l’Afrique du Sud¹¹⁶, influence progressivement la sphère internationale. En réaction à l’échec de l’égalité formelle, qui considère la neutralité comme un standard masculin¹¹⁷ d’autres moyens d’appréhender le principe émergent.

105. Plusieurs conceptions alternatives de l’égalité ont ainsi été développées par la doctrine¹¹⁸, à commencer par l’égalité de résultats qui permet de prendre en compte les inégalités existant antérieurement à l’édiction d’une norme, les antécédents de discriminations. Toutefois, cette théorie semblait peu applicable car imprécise en termes de prévision du résultat attendu par exemple. Par ailleurs, elle ne traitait pas l’origine de la discrimination, et par conséquent la structure causant ces inégalités.

De nombreuses autres conceptions ont donc par la suite été élaborées pour améliorer le principe d’égalité, telles que l’égalité en opportunité, l’égalité de bien-être¹¹⁹, ou même la prise en compte de la dignité avant celui de l’égalité (la dignité étant alors considérée comme l’origine de l’égalité en droits), mais aucune n’était complètement viable.

106. C’est pourquoi a été développée la conception synthétique d’égalité substantielle, réunissant quatre dimensions : corriger les discriminations systémiques, contrer les préjugés, stigmas et stéréotypes basés sur une caractéristique ou un groupe (ici le genre), lutter contre l’exclusion politique et sociale et enfin, parvenir à un changement structurel. Grâce à cette évolution, la Cour Suprême du Canada applique une formule récurrente : « *having regards to all relevant factors, the impugned measure perpetuates disadvantages or stereotypes the plaintiff group (...)* »¹²⁰. Une adaptation de l’égalité par l’approche du droit anglo-saxon permettrait ainsi de prendre en compte la spécificité de chaque groupe. Cependant, la pratique paraît bien plus adaptée à des systèmes basés sur la jurisprudence qu’au système français où elle risquerait d’entraîner elle aussi une multitude d’exceptions au principe d’égalité, et la création de régimes spéciaux en trop grand nombre, rendant une telle modification improbable.

¹¹⁵ Canada, Supreme court *Law vs Canada* 1999

¹¹⁶ Afrique du Sud, Supreme Court *Prinsloo vs Van der Linde*, 1997

¹¹⁷ MACKINNON Catharine, *Feminism unmodified*, 1987 : « *Under the sameness standard, woment are measured according to our correspondence with man...Gender neutrality is thus simply the male standard* ».

¹¹⁸ FREDMAN Sandra, *Substantive equality revisited*, I-CON Debate, Oxford University press 2016

¹¹⁹ PARFAIT Derek « *Equality of well-being* », *Equality and priority*, 1997

¹²⁰ Traduction française en annexe n°3

Selon le CEDAW¹²¹, l'égalité substantielle en matière de genre (ou *Substantive gender equality*)¹²² « *requires that equality is interpreted according to the broad context or realities of women's disadvantages and the impact of these circumstances in terms of eliminating disadvantage in outcome or result. It is a channel by which women can exercise and fully enjoy all human rights and freedoms on an equal footing with men.*

The concept of substantive equality has special relevance in addressing disadvantage based on sex and gender. The scrutiny of gender-neutral formal laws, policies and programmes that treat women and men alike becomes necessary to evaluate whether they will accelerate the achievement of gender equality in practice and eliminate discrimination against women »¹²³.

Section 2 : L'essor fragile d'une égalité réelle en France

107. Sous l'impulsion de la modification du droit européen et la vision anglo-saxonne de l'égalité, la France va progressivement développer une vision alternative de l'égalité, nommée égalité réelle, à même de légiférer sur certains cas nécessitant l'instauration de discriminations légales.

L'égalité réelle, vision plus pragmatique du principe qui tend à favoriser une égalité de fait et de résultat, existait déjà en 1791 où elle était promue notamment par Nicolas de Condorcet, qui énonçait que « *les lois prononcent l'égalité dans les droits, les instructions pour l'instruction publique peuvent seules rendre cette égalité réelle* »¹²⁴. Les réflexions juridiques et philosophiques menées par la suite mettent en valeur la diversité et l'individualité des justiciables afin de définir un cadre juridique respectueux de chacun¹²⁵. Selon la doctrine « *l'égalité en droits proclamée par la tradition française ne permet pas d'aboutir à une égalité réelle, une égalité de fait* »¹²⁶, et devait être remplacée par une vision différente : « *les deux faces de l'égalité sont donc contradictoires : l'une est d'ordre formel ; elle impose l'égalité dans la loi ; l'autre est matérielle ; elle impose l'égalité par la loi* »¹²⁷.

¹²¹ Convention on the elimination of all forms of discrimination against women (CEDAW)

¹²² Traduction française en annexe n°4

¹²³ CEDAW 18 septembre 1979

¹²⁴ CONDORCET N., Cinq mémoires sur l'instruction publique, 1791

¹²⁵ RAWLS J., Théorie de la justice, Seuil 2009 et SEN, Repenser l'inégalité, Seuil 2000

¹²⁶ Op. Cit. BELLOUBET FRIER Nicole, Le principe d'égalité, AJDA 1998

¹²⁷ LUCHAIRE François, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *Revue de Droit Public* 1986

Dans sa thèse, Morgan Sweeney fait par exemple état - s'agissant du rapport concret entre égalité de droit et de fait - d'un problème relatif à ce qu'il nomme « *l'implémentation* », à savoir les mises en œuvre traduisant un écart entre les attentes nées de l'énonciation de la norme, et les résultats effectivement atteints par la réalisation de cette norme¹²⁸. Plusieurs visions alternatives de l'égalité sont alors développées dans le but de pallier les défauts inhérents à cette perception du principe à la fois trop stricte et déconnectée de la réalité.

108. La conception réaliste de l'égalité serait ainsi la plus à même d'envisager des infractions sexospécifiques, puisqu'elle permettrait de prendre en considération les spécificités juridiques inhérentes au groupe formé par les femmes victimes de violences. Partant, ce qui est estimé comme une discrimination injustifiée et arbitraire au regard du droit positif devient non seulement un avantage mais aussi une justification à part entière au regard de l'égalité réelle. Toutefois, la prise en compte de cette égalité ne serait pas sans risque, incitant à une multiplication anarchique des groupes susceptibles d'être soumis à un régime différent, et par conséquent à une surspécialisation du droit. Cette modification normative pourrait alors entraîner une dilution du droit, et compromettre la clarté et la prévisibilité de la loi pénale. La mise en œuvre, même limitée d'une égalité de fait s'inscrirait toutefois dans la continuité du droit positif, qui multiplie démesurément les régimes dérogatoires et spécificités juridiques, par exemple en matière de terrorisme.

109. En effet, les évolutions tant législatives que jurisprudentielles ont conduit depuis vingt ans à une « *transformation du sentiment d'égalité plutôt qu'à la promotion de l'égalité* » elle-même¹²⁹. En dépit d'une surabondance d'interventions législatives théoriquement destinées à lutter contre des discriminations arbitraires, dans la majorité des cas ces réformes aboutissent à de plus grandes disparités et sont jalonnées de problèmes d'ordre probatoire.

110. S'ajoute à cette récurrence législative un phénomène de récrimination¹³⁰. En effet, en multipliant le nombre d'exceptions corrigeant une inégalité, le législateur exacerbe les tensions entre groupes communautaires et identitaires, entraînant un risque grandissant de dévoiement de la loi pénale. De plus, l'utilité comme la nécessité de cette toujours plus grande spécialisation du droit sont discutables.

¹²⁸ SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de doctorat (sous la direction du Pr Antoine LYON-CAEN), Université de Nanterre, 2010 p.369

¹²⁹ DANTI-JUAN Michel, « Droit pénal, changement social et économie psychique : difficultés du questionnement et plausibilité de rapprochements », *Cliniques méditerranéennes* 83 2011 p7 et suiv

¹³⁰ Ibid

Or, malgré cette autotrophie de l'égalité pénale, si la notion d'égalité réelle semble incontournable dans la doctrine, elle ne reçoit en droit français que peu de traductions juridiques la faisant explicitement apparaître. L'égalité réelle au regard du genre est pourtant proclamée comme l'un des buts premiers de la Convention d'Istanbul¹³¹ ratifiée par la France. Au niveau étatique, elle a toutefois connu une consécration partielle en droit public, concernant les emplois publics et les élections politiques, démontrant de la possibilité de son adoption en droit français en dépit de l'obstacle constitutionnel.

111. Pourtant, en droit pénal il n'existe que deux lois qui font apparaître directement la formule « *d'égalité réelle* » : la loi sur l'égalité réelle entre les hommes et les femmes du 4 août 2014¹³², et la loi égalité réelle en outre-mer (dite loi EROM) du 28 février 2017¹³³.

La loi de 2014 poursuit un objectif de prise en compte de l'égalité dans toutes ses dimensions, elle est « *ournée vers l'effectivité des droits, vers l'expérimentation et l'innovation sociale* »¹³⁴. Elle tente de ce fait de promouvoir l'égalité entre les sexes dans plusieurs domaines, particulièrement en matière civile où elle prévoit par exemple le partage des responsabilités parentales, ou l'égal accès aux responsabilités professionnelles et sociales¹³⁵.

Au pénal elle instaure une nouvelle définition du harcèlement moral et en renforce les sanctions et également une obligation positive de l'employeur en matière de harcèlement sexuel au travail. Au-delà de l'intitulé de la loi, au regard du texte, rien ne relève finalement de l'égalité réelle entre les hommes et les femmes. Une large frange de la doctrine avait alors douté, avec raison, de la capacité de cette loi à instaurer une égalité réelle¹³⁶. Et en effet, sept ans plus tard cette loi, l'égalité formelle reste la norme de droit des femmes en France. Cette loi est tout à fait symptomatique de la confusion du législateur en France entre performativité de la loi et simple citation dans son intitulé.

112. Concernant la loi EROM, plus récente, elle semble de prime abord aller plus loin en termes d'égalité réelle, ne se contentant plus d'uniquement de réserver le terme au titre de la loi, du moins en apparence, car elle prévoit notamment un « *droit à l'égalité réelle* » pour les outre-mer qui semble prometteur.

¹³¹ Op. Cit. Convention d'Istanbul article 1^{er}

¹³² Loi relative à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, 4 août 2014

¹³³ Loi de programmation relative à l'égalité réelle en outre-mer, dite EROM, 28 février 2017

¹³⁴ Projet de loi du Sénat 3 juillet 2013, exposé des motifs, p. 4.

¹³⁵ Elle renforce par exemple les droits des pères salariés ou à la parentalité et au PACS

¹³⁶ MALABAT Valérie, « Quand le droit pénal se perd entre égalité réelle et terrorisme éventuel », *Revue de droit pénitentiaire et de droit pénal*, juillet 2014, p623

Ce droit irait dans le sens de l'atteinte d'un « *objectif d'égalité réelle* », qualifié de priorité de la Nation par le texte. Sur le papier serait dès 2017 consacré un droit à l'égalité réelle identifié comme primordial. Néanmoins, la réalité est tout autre. Non seulement, la confusion entre « *droit* » et « *objectif* » d'égalité réelle, qui ne sont jamais réellement explicités dans la loi, est de nature à complexifier la notion même d'égalité réelle, mais il n'y a aucune définition de ce que recoupe concrètement ce droit à l'égalité.

113. L'égalité réelle est ainsi difficilement mobilisable et efficace d'un point de vue juridique, car insuffisamment claire pour être manipulée par les juristes et les juridictions. Un tel droit imposerait en effet alternativement de respecter une égalité de droits et de mettre en place des différences de traitement, entraînant une imprévisibilité immense de la loi pénale. La mise en place concrète d'une telle égalité reviendrait soit à maintenir un respect strict de l'égalité, soit à déroger constamment à l'égalité. Elle n'aurait alors qu'une efficacité minime, limitée voire inexistante¹³⁷.

114. Par conséquent, si l'objectif d'égalité réelle doit être maintenu, et démontre d'une réelle évolution de la notion, en l'état du droit, l'égalité réelle ne peut devenir un principe et supplanter l'égalité formelle, et demeure reléguée au rang de réflexion doctrinale.

Il apparaît par conséquent peu probable qu'à court terme une réforme pénale adoptant des infractions sexospécifiques puisse avoir lieu au regard de l'égalité réelle, qui en est encore à ses balbutiements en droit français. Toutefois, la ratification par la France et l'Union Européenne de la Convention d'Istanbul qui demande l'instauration d'une égalité réelle aux Etats signataires laisse entrevoir une possibilité future d'une évolution sexospécifique du droit pénal.

¹³⁷ CAFARELLI François, La traduction juridique de la notion d'égalité réelle, AJDA 2018

Conclusion de la partie 1

115. Sous l'influence du droit européen et d'un nombre grandissant de femmes victimes d'infractions, la France a commencé à appréhender les violences sexospécifiques comme une problématique juridique d'ampleur, liée directement aux stéréotypes de genre de la société française. Surreprésentée dans les discours doctrinaux, politiques et parlementaires, la traduction concrète dans les textes de loi d'une protection pénale de la femme tarde pourtant à venir. En dépit de l'existence de nombreuses infractions s'appliquant aux violences dont elles sont les victimes majoritaires, et du développement de leur droits, cette protection sexospécifique demeure minime. Motivée généralement par des impératifs biologiques tels que la grossesse, les droits des femmes – issus principalement de grands mouvements de dépenalisation depuis le milieu du XX^{ème} siècle – restent fragiles, la jurisprudence continuant par exemple de juger l'exposition de la poitrine des femmes comme sexuelle et provocante.

116. L'infraction sexospécifique, forme la plus radicale d'approche genrée du droit pénal demeure résolument inexistante, et même illégale. En effet, l'égalité - principe essentiel du droit pénal - entendue d'une manière formelle en droit français s'oppose par principe à l'adoption d'une norme établissant une différence de traitement injustifiée entre les individus. L'égalité devant la loi prohibe donc toute infraction sexospécifique visant à s'appliquer à un sexe au détriment de l'autre, y compris au regard des exceptions jurisprudentielles relatives à l'intérêt général ou à des différences de traitements justifiées. Malgré une évolution récente de la loi en faveur de l'instauration d'une égalité réelle, l'essor d'une vision sexospécifique des infractions, et notamment d'une infraction de féminicide paraît compromise à court terme.

PARTIE 2 : La protection pénale des femmes : une proposition de réforme

117. En dépit de l'obstacle constitué par le principe d'égalité à l'instauration d'infractions genrées en tant que telles, l'amélioration d'une protection pénale sexospécifique des femmes ne doit pas pour autant être abandonnée.

118. Non seulement, une modification genrée des infractions ne se limite pas aux seules infractions sexospécifiques, qui n'en sont que l'émanation la plus radicale, mais le développement d'une protection pénale des femmes ne réside pas assurément dans la seule modification des infractions pénales. Tous les maillons de la chaîne pénale peuvent être impactés dans le but d'améliorer le traitement pénal des femmes, qu'elles soient victimes ou auteurs d'infractions.

119. Il existe de ce fait plusieurs niveaux d'adaptation du droit pénal aux droits des femmes, passant de la simple modification d'infractions ou la dépénalisation de certains comportements limitant la libre disposition de leur corps, jusqu'à la création de nouvelles infractions pénales. En dépit du refus de la France de l'adopter, la question de l'instauration d'une infraction autonome de féminicide plébiscitée à l'étranger et au niveau européen doit également être examinée.

120. Si, certes, une évolution d'ampleur et rapide comprendrait effectivement un volet adaptation du droit pénal aux problématiques spécifiques à la violence faite aux femmes, et donc une modification des infractions pénales (**Titre 1**), l'amélioration de leurs droits devrait dépasser ce périmètre et également concerner la globalité de leur traitement pénal (**Titre 2**). Et pour cause, que ce soit par le processus de correctionnalisation judiciaire quasi systématique des crimes dont elles sont victimes, ou de leurs conditions de détentions, aucune étape de la chaîne pénale n'est exempte de défauts en matière de droits des femmes.

TITRE 1 : L'essor d'une protection sexospécifique par une transformation des infractions

121. Le développement d'une protection sexospécifique des femmes, rendue indispensable par leur surreprésentation parmi les victimes d'infractions pénales, peut prendre différentes formes. Peuvent alors être envisagées deux visions opposées mais complémentaires de réforme de la protection pénale des femmes. En premier lieu, une vision minimaliste résidant dans la modification d'infractions pénales existantes ou la dépénalisation de certains

comportements infractionnels (**Chapitre 1**), peu transformatrice du droit positif et donc aisément transposable.

Dans un second temps, peut être développée une vision plus radicale du droit des femmes passant par l'adoption de nouvelles infractions voire la consécration d'une infraction de féminicide (**Chapitre 2**), susceptible d'impacter plus efficacement la condition juridique de la femme en France, mais dont la mise en œuvre reste aujourd'hui hypothétique et envisageable uniquement sur le long terme.

Chapitre 1 : Une protection sexospécifique minimaliste par la modification d'infractions non genrées

122. La modification la plus simple permettant d'accroître la protection pénale des femmes réside sans conteste dans des réformes mineures du droit ne remettant en cause qu'une infraction existante de manière ponctuelle, et non l'ensemble du système pénal. Deux options découlent logiquement de ces réformes modestes : dépénaliser des comportements préjudiciables à la femme (**Section 1**) ou modifier des infractions existantes (**Section 2**) pour permettre une meilleure protection pénale.

Section 1 : Une protection sexospécifique issue de la dépénalisation d'infractions

123. Le premier moyen d'améliorer significativement la condition pénale de la femme, par le biais de dépénalisation, s'inscrit dans la continuité des évolutions acquises en la matière au cours du XX^{ème} siècle, se traduisant notamment par une libération du corps féminin. La question du corps de la femme fait d'ailleurs l'objet de nombreuses controverses, la légalisation de plusieurs comportements aujourd'hui jugés comme infractionnels constituant un réel clivage juridique. Est particulièrement questionnée la limite à poser à la liberté de disposition du corps de la femme, cause de nombreux débats de société par exemple en matière de prostitution et de gestation pour autrui.

§1 : La dépénalisation effective de la prostitution

124. Plus de 85% des prostituées en France sont des femmes¹³⁸, pour la plupart ayant un niveau de vie modeste. Le traitement juridique de la prostitution ne fait pas l'objet d'un consensus entre les états et ce bien qu'elle existe dans tous les pays. Plusieurs appréhensions juridiques du système prostitutionnel cohabitent donc¹³⁹.

La vision réglementariste de la prostitution vise ainsi à encadrer et réglementer la prostitution. Les prostitués y sont considérés comme des travailleurs et le proxénétisme n'y est pas incriminé¹⁴⁰. Existe ensuite le système prohibitionniste, interdisant tant la prostitution que le

¹³⁸ Ministère des familles, de l'enfance et des droits des femmes, Les chiffres clés de la prostitution, 2010-2011

¹³⁹ Conseil de l'Europe Résolution du 4 octobre 2007 « prostitution, quelle solution adopter? »

¹⁴⁰ Ce système est adopté par exemple aux Pays-Bas, mais aussi dans une moindre mesure en Allemagne ou en Grèce

proxénétisme, et sanctionnant également les clients¹⁴¹. Enfin, le traitement abolitionniste de la prostitution tolère celle-ci dans le but de la faire in fine disparaître et condamne le proxénétisme. La France adopte au regard de la prostitution une politique dite néo-abolitionniste, incriminant les proxénètes et les clients, mais pas les prostitués.

125. Le premier écueil auquel se heurte le droit en matière de prostitution est celui de sa définition. En effet, il n'en existe aucune définition légale, étant donné que le fait de se prostituer ne constitue pas en tant que tel une infraction au sein du Code Pénal. De manière prétorienne, l'acte de se prostituer a été longtemps défini comme « *le fait de se prêter, moyennant rémunération à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui* »¹⁴². Cette définition large permet d'inclure tous types de contacts, et donc de prostitution. La question de la légalité de la prostitution est d'autant plus complexe qu'elle oppose plusieurs libertés et droits fondamentaux incompatibles entre d'une part le droit de disposer de son corps et la liberté sexuelle, et d'autre part la prohibition de la traite des êtres humains, et la protection de la dignité humaine, véritable fer de lance des opposants à la prostitution.

126. Traditionnellement en France la prostitution était appréhendée comme un trouble à la sécurité et à l'ordre public comme une problématique ressortant des mœurs. Par exemple, dans le Code Pénal de 1810, le proxénétisme n'était pas appréhendé comme une atteinte à la personne, mais bien comme une simple atteinte aux bonnes mœurs. La politique pénale relative à la prostitution en France a depuis beaucoup évolué surtout ces vingt dernières années. Dès 2002¹⁴³, la loi française pénalise le client ayant recours à des services sexuels de la part d'un mineur, mesure étendue aux personnes vulnérables en 2003. Cette évolution basée sur le client permettait au législateur de contourner le principe de territorialité afin de condamner les auteurs de tourisme sexuel sur enfants. La clef de voûte de cette politique a été atteinte en 2016¹⁴⁴ où, après plusieurs réformes en la matière et inspiré par le modèle suédois, le législateur modifie une nouvelle fois le droit encadrant l'exercice de la prostitution. Faisant disparaître le délit de racolage et dépenalisant de ce fait l'activité des prostitués, il va en revanche généraliser la

¹⁴¹ Un tiers des états membres du Conseil de l'Europe adoptent ce système de même que la Chine et une large part des états américains

¹⁴² Crim 27 mars 1996 n°95-82.016

¹⁴³ Loi relative à l'autorité parentale du 4 mars 2002 n° 2002-305

¹⁴⁴ Loi visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, 13 avril 2016 n°2016-444

pénalisation des clients, qui pourront dès lors être condamnés à une contravention de la 5^{ème} classe s'ils ont recours aux services d'un travailleur du sexe¹⁴⁵. Parallèlement, la réforme instaure un dispositif de sortie de la prostitution offert aux travailleurs prostitués précaires ou exploités.

A priori donc, le travail du sexe ne fait plus partie des domaines sanctionnés d'une infraction pénale, son exercice faisant l'objet d'une liberté totale. Toutefois, le nouveau régime instauré en 2016 fait l'objet de nombreuses critiques. La prostitution - dépenalisée en surface - demeure en réalité hautement réprimée et ostracise les travailleurs du secteur.

127. Premièrement, la loi ne fait pas de distinction entre prostitution librement consentie et prostitution forcée, et pour cause, pour une partie de la doctrine la prostitution et l'acte de se prostituer constituent intrinsèquement des violences, et plus précisément des violences faites aux femmes¹⁴⁶. Le Sénat lui-même en 2001 affirmait que la prostitution libre n'existe pas¹⁴⁷.

128. Pour cette frange radicale abolitionniste, tout acte sexuel motivé autrement que par le seul désir constitue une violence, voire un viol. Dans le cas de prostituées féminines, se prostituer devient alors une violence de genre à part entière. Cette vision moralisatrice des travailleurs du sexe paraît à la fois déconnectée de la réalité de l'existence d'une prostitution librement consentie et dangereuse en ce qu'elle entraîne non seulement une confusion entre désir et consentement, mais aussi – et surtout - entre consentement et mobile¹⁴⁸. D'ailleurs, si l'interdiction de se prostituer pour les mineurs ne doit en aucun cas être remise en question de même que la prohibition de la traite des êtres humains à des fins sexuelles, rien n'établit au contraire que la prostitution des majeurs consentants devrait être interdite ou pénalisée. Cette position est soutenue de manière constante par la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹⁴⁹, et affirmée très clairement par la Cour de Justice de l'Union Européenne, qui qualifie la prostitution de « *prestation de service rémunérée relevant des activités économiques* ».

En France, l'activité de se prostituer semble tolérée puisqu'il n'existe aucune réglementation spécifique pour les prostitués¹⁵⁰, la profession n'étant reconnue légalement que par le droit

¹⁴⁵ Code Pénal Article 225-12-1

¹⁴⁶ Op. cit DARSONVILLE Audrey

¹⁴⁷ Sénat, Rapport n°209 du 31 janvier 2001

¹⁴⁸ Alors que les mobiles sont indifférents en droit pénal, et ne doivent donc pas être pris en compte dans l'élaboration des infractions

¹⁴⁹ Pretty contre Royaume Uni en 2002 et KA AD contre Belgique en 2005

¹⁵⁰ Les dernières réglementations de la sorte ont été supprimées par la loi Marthe Richard en 1946

fiscal et l'URSSAF qui les considèrent comme une activité professionnelle relevant des travailleurs non-salariés.

129. Si elle fait l'objet d'une tolérance, la prostitution, du fait de ses infractions périphériques, est en réalité fortement réprimée, rendant son exercice difficile. D'une part la législation en vigueur, faute de pénaliser l'acte de se prostituer en réprime la pratique, et d'autre part elle pénalise les prostitués dans l'ensemble de leur vie sociale.

130. Sous ce premier aspect, il convient de rappeler qu'en dépit de l'absence d'infraction pénale relative à la prostitution, il existe de nombreuses villes où des arrêtés anti-prostitution ont été passés par les maires et les préfets afin d'assurer la paix et la tranquillité publique.

Par ailleurs, les travailleurs du sexe exerçant en extérieur peuvent être passibles d'une condamnation pour exhibition sexuelle en fonction de leur tenue, particulièrement si ce sont des femmes. Et s'ils décident au contraire de ne pas se prostituer à l'extérieur, toute personne leur mettant à disposition des locaux à des fins de prostitution pourra être jugée comme proxénète, le proxénétisme par assistance faisant l'objet d'une conception extensive en jurisprudence. Une telle répression du proxénétisme peut sembler alors disproportionnée et non nécessaire étant donné que n'est exigé que la connaissance de l'activité de prostitution (qui elle-même est totalement légale), mais aucun autre critère comme une pression exercée, un exercice habituel ou de tirer profit et bénéfices de cette activité. Cette répression du proxénétisme par assistance ne fait donc pas sens : elle revient à condamner uniquement l'assistance gratuite ou l'*animus lucri*, tous deux légaux dès lors qu'ils sont faits au bénéfice d'une personne qui se prostitue, elle-même légale au vu de ce seul critère. Le proxénétisme par assistance tel que défini aujourd'hui constitue donc bien une répression à peine voilée de la prostitution.

131. En dehors du seul prisme du droit pénal, au sein même de leur vie personnelle les travailleurs du sexe sont également limités par le droit, puisque leur état les empêche généralement de vivre en couple ou de se marier, leur conjoint pouvant, en cas de cohabitation, être condamné lui aussi comme proxénète. De plus, la prostitution entraîne un risque réel de se voir retirer la garde de ses enfants le cas échéant, entraînant une vulnérabilité accrue de la personne qui se prostitue en cas par exemple de violences conjugales (elle sera plus rétive à dénoncer une violence par crainte de perdre la garde).

Par conséquent, si liberté de se prostituer il y a, ce droit est loin d'être un droit fondamental et de faire l'objet d'une protection quelconque. Au contraire, l'environnement pénal de la prostitution condamne de manière indirecte sa pratique.

132. Par ailleurs, le processus de pénalisation des clients achevé en 2016 n'a pas eu les effets escomptés. Le premier rapport bilan¹⁵¹ de cette opération fait état d'un échec cuisant. Le rapport conclut bien à une baisse du nombre de clients et de revenus du travail du sexe, mais pas du nombre de travailleurs. Seuls 1300 clients ont été contraventionnés en l'espace de 5 ans, et moins de 2% des prostitués ont fait appel au dispositif d'aide à la sortie de la prostitution. Pire, les travailleurs du sexe font l'objet de contraventions (notamment au regard des arrêtés anti-prostitution) plus fréquemment que leurs clients¹⁵².

La pénalisation des clients s'est traduite chez les travailleurs du sexe par une baisse significative de leurs revenus et une précarisation de leur situation. Non seulement ils se retrouvent à exercer dans des lieux de plus en plus isolés, mais ils font également face à un plus grand nombre de pratiques à risques¹⁵³ qu'ils ne peuvent financièrement refuser (en raison de la diminution du nombre de clients).

133. L'échec de la loi n'est pourtant pas étonnant. En considérant l'ensemble des prostitués comme des « *victimes de la prostitution* »¹⁵⁴, cette loi généraliste ne vise jamais de situations concrètes, et rend paradoxalement plus dangereuse et marginale leur activité.

La réforme du système prostitutionnel aurait pourtant pu se pencher sur plusieurs zones grises de la loi qui mériteraient éclaircissement, notamment la question des assistants sexuels¹⁵⁵, dont le métier réside en un accompagnement sensuel voire sexuel des personnes handicapées isolées. Si la profession est entièrement légalisée dans d'autres pays d'Europe notamment en Suisse et ne ressort aucunement de la prostitution contrainte, aucune réglementation spéciale ne vient régler cette situation en France. Faute de législation spécifique, le client, même handicapé est condamnable, de même que ses proches aidants.

¹⁵¹ Evaluation de la loi du 3 juin 2016 visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées

¹⁵² Médecins sans frontières, *Que pensent les travailleurs du sexe de la loi prostitution ? Enquête sur l'impact de la loi du 13 avril 2016 contre le « système prostitutionnel »* décembre 2019

¹⁵³ Ibid.

¹⁵⁴ Il n'est d'ailleurs jamais précisé si elles sont victimes d'elles-mêmes, des clients ou du « *système prostitutionnel* » évoqué dans la loi

¹⁵⁵ Les assistants sexuels sont des travailleurs du sexe venant en aide aux personnes handicapées physiques et isolées. Leur but est d'éduquer et assister la vie sexuelle de ces patients, ils ressortent donc du domaine de la prostitution

134. En prohibant tous les domaines périphériques de la prostitution, et refusant de légiférer sur des cas spécifiques ressortant du travail du sexe, le législateur interdit implicitement la pratique de la prostitution, sachant qu'il ne peut l'abolir complètement¹⁵⁶. De plus, le nombre grandissant d'infractions périphériques à la prostitution dilue l'objectif initial de la loi de pénalisation du client : combattre le proxénétisme de réseaux et la prostitution infantile. De ce fait, la législation française en matière de prostitution crée un régime abâtardi dans lequel « *une activité totalement légale (se prostituer) génère un acte parfaitement illégal et pénalement réprimé (avoir recours aux services d'une prostituée) !* »¹⁵⁷.

135. Une réforme épurant la loi relative au travail du sexe serait bénéfique à une clarification du régime et des infractions prostitutionnelles, ainsi qu'à la détermination claire de la condamnation ou non de l'acte de se prostituer. Non seulement, la prostitution librement consentie devrait y être dépénalisée et distinguée de celle forcée et le proxénétisme être recentré sur l'appréhension des réseaux et de traite des étrangères, permettant à la France de se mettre en conformité avec la volonté européenne demandant d'établir « *une politique claire relative à la prostitution qui ne soit ni discriminante ni poussant les prostituées à la clandestinité et à l'emprise des proxénètes* »¹⁵⁸.

§2 : La dépénalisation de la gestation pour autrui

136. Constituant l'un des derniers obstacles à une liberté totale de la femme sur sa grossesse, la pénalisation de la gestation pour autrui a été réaffirmée une nouvelle fois en juin 2021.

Sa dépénalisation n'implique pourtant pas une modification du droit de grande ampleur, une fois dépassé le seul obstacle moral. En effet, sa légalisation s'inscrirait dans la lignée des évolutions récentes en matière de procréation médicalement assistée, constituant simplement une alternative médicale permettant d'accéder à la parentalité. Par ailleurs, la gestation pour autrui serait essentiellement justifiée par un impératif biologique d'impossibilité de certains couples à avoir un enfant biologique, s'inscrivant dans la lignée de la politique pénale de droits des femmes d'ores et déjà appliquée en France et en Europe.

¹⁵⁶ De même que l'avortement avait lieu par le truchement des faiseuses d'anges même lorsqu'il était prohibé

¹⁵⁷ GARDERES N., Loi sur la pénalisation du client : une aberration juridique

¹⁵⁸ Conseil de l'Europe, Résolution 1579 de 2007

137. Discutée et débattue lors du projet de loi relative à la bioéthique, la dépénalisation de la gestation pour autrui (GPA), n'a finalement pas aboutie, la pratique demeurant illégale lors de l'adoption de la loi en 2021¹⁵⁹. Selon la Cour de cassation la gestation pour autrui désigne le fait pour une femme de porter un enfant pour le compte d'un couple. Elle implique donc trois figures : le couple parental, désigné sous l'expression de « *parents d'intention* », la « *mère de substitution* »¹⁶⁰ - ou « *mère porteuse* » - et l'enfant.

138. Cette même loi bioéthique a pourtant fait évoluer les possibilités de grossesse des femmes, puisqu'elle a autorisé l'assistance médicale à la procréation (aussi appelée procréation médicalement assistée – PMA) à toutes les femmes, étendant donc le dispositif aux femmes en couple lesbien et aux femmes célibataires, s'inscrivant dans la lignée du droit européen¹⁶¹. La modification de ces règles relatives à la procréation médicale semble inscrire dans le droit un premier jalon en faveur d'une approche genrée du droit pénal, traduisant un changement de la politique relative à la grossesse. Auparavant, la PMA était réservée aux couples hétérosexuels, par mimétisme avec ceux qui auraient par principe pu (excluant les cas de stérilité ou de maladies) concevoir seuls un enfant. Le critère de référence en matière de parentalité était alors la biologie des parents, là où la réforme bioéthique prône aujourd'hui l'ouverture de la parentalité à tous ceux désirant un enfant.

139. Une telle évolution s'explique notamment en raison du développement du tourisme procréatif. Autoriser la PMA à ces femmes en France permet non seulement de leur éviter des coûts de voyage ou de gestion inhérents à une adoption ou une gestation pour autrui à l'étranger, mais aussi et surtout de prendre un risque sanitaire inutile¹⁶². Le texte s'efforce de promouvoir une égalité de situation (c'est-à-dire entre les femmes quelles qu'elles soient)¹⁶³ et remédie à l'inégalité de fait entre les couples adoptants et ceux pouvant

¹⁵⁹ Loi relative à la bioéthique, adoptée définitivement le 29 juin 2021, le Conseil Constitutionnel a été saisi par plus de 60 députés le 2 juillet 2021.

¹⁶⁰ Cette formule de la Cour est très symptomatique de la réticence de la France envers le mécanisme, puisqu'elle traduit exactement ce que n'est pas la femme portant l'enfant : une mère porteuse ou de substitution, puisqu'elle n'a aucune vocation à assumer le rôle de parent, et encore moins de se substituer à la mère de l'enfant (s'il y en a une). Le terme de mère porteuse est donc impropre et devrait être modifié, néanmoins il sera employé dans la suite du développement par souci de clarté.

¹⁶¹ La PMA pour toutes avait été autorisée par le Conseil de l'Europe, le Comité de bioéthique ainsi que par un questionnaire européen des états membres relatif à la PMA du 15 novembre 2018

¹⁶² Projet de loi bioéthique 2019 p36

¹⁶³ CCNE rapport de synthèse datant de juin 2018 p107

avoir recours à la science pour procréer, mettant fin à l'inégalité subie par les femmes seules ou lesbiennes désirant fonder une famille, notamment vis-à-vis de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶⁴, garantissant à tous le droit de fonder une famille. Paradoxalement, cette modification crée une discrimination flagrante envers les couples homosexuels masculins et les hommes célibataires désirant fonder une famille, justifiée une nouvelle fois par le législateur par la possibilité biologique pour une femme de porter l'enfant elle-même.

140. Limitant de nouveau le caractère genré de cette mesure à un impératif biologique par le recours à la capacité de porter la vie, l'Assemblée nationale réaffirme ce faisant clairement la prohibition de la gestation pour autrui, même dans l'hypothèse où elle corrigerait cette discrimination envers les hommes.

Cette évolution timide démontre toutefois la capacité du législateur à instaurer de nouvelles infractions genrées basées sur un impératif biologique, puisqu'elle confère un droit spécifique à la femme qu'elle refuse à l'homme. Cette capacité reste toutefois conditionnée à un argument biologique.

141. La gestation pour autrui demeure majoritairement mal vue en France, bien que cette réticence soit vivement critiquée par une partie de la doctrine¹⁶⁵ qui considère que sa prohibition va à l'encontre de la liberté de la femme de librement disposer de son corps¹⁶⁶. Il est reproché à la gestation pour autrui non seulement de remettre en cause la dignité¹⁶⁷ de la mère porteuse, mais aussi de contredire le principe de non-patrimonialité du corps humain.

142. Concernant la question d'une potentielle atteinte à la dignité de la femme, le principe de libre disposition du corps comporte de très nombreuses exceptions, il suffirait alors d'en inclure une nouvelle relative à la GPA. D'ailleurs, l'interdiction de la GPA est le seul

¹⁶⁴ Convention Européenne des Droits de l'Homme Article 8

¹⁶⁵ BADINTER Elisabeth, « une femme a-t-elle le droit de disposer de son corps dès lors qu'elle a toute sa raison ? Je suis pour une GPA éthique », 8 mars 2013.

¹⁶⁶ Consacrée par l'article 16-1 du Code Civil, ce principe trouve sa traduction pénale dans plusieurs infractions telles que la prohibition de l'esclavage, de la traite des êtres humains et du trafic d'organes, ou encore l'interdiction de l'euthanasie active ou de la GPA

¹⁶⁷ Constituant un principe à valeur constitutionnelle depuis 1994, le principe de dignité humaine s'oppose à ce que des êtres humains soient réifiés ou traités comme de simples moyens, leur conférant un statut particulier spécifique à leur humanité.

domaine relatif à la libre disposition du corps, en dehors de l'interdiction de l'esclavage, à être d'application si stricte en jurisprudence.

143. D'autre part, faire don d'un enfant (hors procédure d'abandon sous X), est illégal car constitutif d'une infraction de traite d'être humain. Néanmoins, dans le cas de la GPA, il s'agit moins du don d'un enfant, que du don d'un enfant à naître, ce qui constitue juridiquement une grande différence, puisqu'avant l'accouchement, l'enfant n'est pas encore une personne juridique. Cet écueil est donc facilement évitable. L'hypothèse du « bébé médicament », d'ores et déjà légale, adopte d'ailleurs un raisonnement similaire.

144. Enfin, en réaction à la potentielle inadéquation entre la GPA et la non-patrimonialité du corps humain¹⁶⁸ - visant à prohiber la marchandisation du corps humain dans son intégralité, y compris concernant des parties non invasives - il a été proposé d'établir une GPA éthique. Celle-ci a pour principe de ne pas être rémunérée, conservant une réelle notion de don. Le seul paiement que reçoit la mère porteuse est un défraiement de tous les frais de grossesse, tel que le droit existant le permet déjà¹⁶⁹ par exemple en matière de dons d'ovocytes, où les donneuses reçoivent généralement une contrepartie financière conséquente (causée par un besoin constant de dons). Par analogie, un système similaire pourrait être adopté en matière de GPA.

145. Bien qu'elle ait été refusée il y a quelques mois seulement, une dépénalisation de la GPA paraît non seulement plausible, mais également relativement simple à mettre en œuvre, puisqu'elle n'impliquerait à ces conditions qu'une modification législative des articles 227-12 du Code Pénal et 16-7 du Code Civil.

Une telle adaptation du droit devrait être assortie d'un régime juridique précis dans le Code de la Santé Publique afin d'en éviter toute dérive, comprenant le consentement de toutes les parties ainsi que la gratuité du don. Il pourrait également être ajouté à l'infraction relative à la traite des êtres humains un alinéa concernant l'exploitation des mères porteuses, ou des enfants à naître par GPA afin de prévenir tout abus.

¹⁶⁸ Code Civil Article 16-5

¹⁶⁹ Code de la Santé Publique Article L1121-11

Section 2 : Une protection sexospécifique issue de l'amélioration d'infractions existantes

§1 : Une nécessaire évolution de la définition du viol

146. Défini aujourd'hui comme « *Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise* »¹⁷⁰, le viol est considéré comme un crime passible de 15 ans de réclusion criminelle. Durant plus d'un siècle, la définition du viol était uniquement jurisprudentielle¹⁷¹ avant qu'elle ne soit introduite dans la loi en 1980¹⁷². Il s'agit d'une infraction ayant beaucoup évolué et dont le champ d'application s'est élargi, notamment en termes de prise en compte du viol conjugal.

147. Emile Garçon rappelait à cet égard en 1956¹⁷³ l'immunité conjugale en matière de viol selon laquelle « *le mari ne peut se rendre coupable de viol sur la personne de sa femme* ». Cette immunité maritale était justifiée à l'époque par la primauté de l'institution du mariage sur les personnes composant le couple et surtout sur celle de l'épouse. Les viols conjugaux étaient alors couverts par une présomption de consentement et un objectif de reproduction.

148. En 1980, une définition plus large du viol est adoptée dans la loi, permettant la reconnaissance du viol conjugal. Néanmoins, une présomption de consentement entre époux demeure jusqu'en 2006¹⁷⁴, où elle devient réfragable. Cette présomption de consentement marital disparaît définitivement avec la loi du 9 juillet 2010, inscrivant dans la loi la position répétée de la Cour de cassation au regard de ces viols.

Est venue s'ajouter à cette évolution de l'infraction la circonstance aggravante de commission par le conjoint.

149. La Cour Européenne des droits de l'homme, qui a développé au cours du temps une protection spécifique des droits de la femme au gré des problématiques qui lui sont soumises par les Etats Membres rappelle que « *même si les hommes peuvent être aussi victimes de viol (...) c'est bien le souci d'une protection particulière de la femme qui a inspiré un surcroît*

¹⁷⁰ Code Pénal Article 222-23

¹⁷¹ Depuis l'arrêt de principe Dubas 25 juin 1857

¹⁷² Loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs du 23 décembre 1980 n°80-1041

¹⁷³ GARCON E. in Code pénal annoté, 1956

¹⁷⁴ Loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs du 4 avril 2006 n° 2006-399

de sévérité dans l'arrêt M.C¹⁷⁵ ». En effet, la protection pénale des femmes est mise à mal par le viol. Non seulement les femmes sont les victimes majoritaires de cette infraction, mais elles sont également confrontées à une mauvaise prise en charge pénale de ce crime.

§2 : L'impact de la définition du viol sur les jugements

150. Ce caractère sexospécifique du viol apparaît de manière flagrante dans les statistiques et études faites sur le sujet. Sera ici prise en exemple une étude réalisée en 2012 au Tribunal de grande instance (aujourd'hui tribunal judiciaire) de Lille¹⁷⁶ à propos des dossiers de viols sur majeur¹⁷⁷. Les chiffres rapportés sont cohérents avec une étude similaire réalisée au TGI de Nantes, et sont donc représentatifs d'une réalité globale sur le territoire français.

151. Non seulement, la grande majorité des victimes de viols commis sur majeurs sont des femmes (c'est d'ailleurs également le cas d'une grande partie de ceux commis sur mineurs de plus de 15 ans), mais l'extrême majorité des auteurs de viols sont des hommes, faisant du viol l'infraction sexospécifique par excellence, puisque généralement tant l'auteur que la victime appartiennent à un genre bien défini. L'étude réalisée au Tribunal de Lille démontre à cet égard que 96% des victimes étaient des femmes¹⁷⁸, et 100% des auteurs étaient des hommes¹⁷⁹.

152. Au-delà de ce seul constat, l'information la plus choquante révélée par cette étude, est la proportion de viols jugés devant les assises par rapport au nombre de viols rapportés au tribunal. En effet, seuls 0,3% des dossiers ont été jugés devant les assises¹⁸⁰. Or, les dossiers présentés aux assises recoupent pour la plupart des caractéristiques semblables, celui de représenter un cliché correspondant au « *bon viol* »¹⁸¹, c'est-à-dire celui commis par des auteurs instables ou inconnus et en état de récidive¹⁸², et des victimes présentant toutes sans exception

¹⁷⁵ CEDH M.C contre Bulgarie 4 décembre 2003

¹⁷⁶ Dossier : le traitement pénal des viols, AJ Pénal 2017-255

¹⁷⁷ Annexes n°1 et n°2, tableaux « *les viols dans la chaîne pénale* »

¹⁷⁸ *Ibid*, soit 164 femmes sur 172 victimes

¹⁷⁹ *Ibid*, soit 201 auteurs hommes

¹⁸⁰ *Ibid*, soit 6 dossiers sur 169, correspondant à 6 victimes et 7 auteurs

¹⁸¹ FOIS G. *Je suis une sur deux, j'ai eu le bon viol*, Pocket, 4 mars 2021

¹⁸² Plus de 2/3 présentent des troubles mentaux, et plus de la moitié a déjà été condamné pour violences sexuelles. Il n'y a qu'un seul auteur conjoint (ce qui est bien inférieur aux statistiques des auteurs n'ayant pas été jugés devant la Cour d'assise).

un état de particulière vulnérabilité¹⁸³. Cette statistique judiciaire traduit une hiérarchie des viols induite par l'infraction de viol elle-même, qui favorise par le biais de ses éléments constitutifs certains types de viols par rapport à d'autres. L'étude permet alors de mettre l'accent sur la problématique pénale majeure que présente l'infraction de viol aujourd'hui, à savoir une réelle difficulté de qualification et de preuve, inhérente en grande partie à la définition même de l'infraction.

153. Le problème probatoire, tient principalement à la démonstration de l'acte de pénétration faisant partie des éléments matériels requis par l'article 222-23 du Code Pénal. La preuve du viol est ainsi conditionnée par un examen gynécologique qui ne permet pas toujours de déterminer médicalement avec certitude s'il y a eu ou non pénétration forcée. Non seulement il peut ne pas démontrer un viol ancien (ou du moins un viol commis quelques jours avant cet examen), mais il ne peut pas non plus démontrer l'existence du viol bucco-génital commis sur la femme. Cette problématique était telle qu'elle a fait l'objet d'une modification législative.

154. L'élément matériel de l'infraction faisait état de « *tout fait de pénétration* », et était donc volontairement large, vision que ne retenait pas la jurisprudence, en particulier la Chambre de l'instruction, qui entraînait en contradiction avec la loi du 23 décembre 1980 réprimant la pénétration de quelque nature que ce soit¹⁸⁴. Dans un arrêt du 14 octobre 2020¹⁸⁵, la chambre Criminelle établit qu'un rapport oro-génital contraint sur une femme n'est pas un viol étant donné que « *la déclaration (de la victime) n'a été assortie d'aucune précision en termes d'intensité, de profondeur, de durée ou encore de mouvement, ne caractérise pas suffisamment une introduction volontaire au-delà de l'orée du vagin, suffisamment profonde pour caractériser un acte de pénétration* », et qu'elle n'avait subi aucun examen gynécologique (qui, comme rappelé précédemment n'aurait en tout état de cause rien révélé étant donné la nature du viol).

Les juges en déduisent que l'élément matériel et l'élément intentionnel du viol sont insuffisamment caractérisés entraînant la requalification en simple agression sexuelle.

Cet arrêt scandaleux ne suit ni l'esprit de la loi ni la volonté du législateur en matière de viol, et instaure une différence de traitement à la fois arbitraire et injustifiée entre certains viols bucco-génitaux selon qu'ils seraient subis par une femme ou par un homme. D'ailleurs, cette

¹⁸³ Notamment des troubles mentaux, des placements sous curatelle ou encore des femmes sans domicile fixe

¹⁸⁴ NIVOSE L.M, rapporteur près la Cour de cassation

¹⁸⁵ Crim 14 octobre 2020 n°20-83.273

jurisprudence fit l'objet de tant de critiques doctrinales que dès le 21 avril 2021¹⁸⁶, la définition du viol est modifiée afin d'inclure le rapport bucco-génital forcé.

155. Si l'effort d'adaptation par le législateur – ayant pour but de supprimer une discrimination injustifiée de la jurisprudence envers les femmes - doit être salué, il demeure insuffisant à une protection sexospécifique satisfaisante en matière de viol.

§3 : Une inéluctable réforme du consentement

156. Le critère de référence établi par le droit pénal est celui de la « *violence, menace, contrainte ou surprise* ». Le non-consentement de la victime n'est donc pas considéré intrinsèquement, mais uniquement au prisme de ces critères. Outre ces hypothèses donc, point de viol.

Or, celles-ci ne permettent pas forcément d'appréhender tous les cas de viol. Cette définition est d'ailleurs vivement critiquée par les acteurs internationaux, qui souhaitent voir cette formule remplacée par une prise en compte du consentement mutuel entre les partenaires. Le Conseil de l'Europe regrette ainsi que « *la définition des agressions sexuelles et du viol ne repose pas sur l'absence d'un consentement libre mais exige le recours à la violence, contrainte, menace ou surprise* »¹⁸⁷.

157. Cette position de la France en matière de viol est très ancienne, puisqu'elle avait déjà cours avant que sa définition n'entre au sein du Code Pénal. La jurisprudence Dubas définissait alors le viol comme « *abuser d'une personne contre sa volonté, soit que le défaut de consentement résulte de la violence physique ou morale exercée à son égard, soit qu'il résulte de tout autre moyen de contrainte ou de surprise, pour atteindre, en dehors de la volonté de la victime, le but que se propose l'auteur de l'infraction* »¹⁸⁸.

158. Pire encore, en ne consacrant pas le consentement sans condition comme notion clé du viol, la France se place en non-conformité avec ses engagements internationaux, puisque sa prise en compte est un des axes clés de la Convention d'Istanbul – que la France s'est engagée à respecter - et qui définit le viol comme toute « *pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec toute partie du corps ou avec un objet* »¹⁸⁹.

¹⁸⁶ Loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste 21 avril 2021 n°2021-478

¹⁸⁷ Site du Conseil de l'Europe, Convention d'Istanbul Rapport concernant la France

¹⁸⁸ Op. Cit. arrêt Dubas

¹⁸⁹ Convention d'Istanbul Article 36 al.1

Une telle position est par ailleurs suivie par l'Union Européenne, elle aussi signataire de la Convention et activement occupée à développer une définition européenne du viol.

159. Si elle n'évolue pas quant à sa position concernant le viol, et particulièrement sur la définition de celui-ci, la France risque à court terme de se placer en porte à faux vis-à-vis du droit communautaire qui s'apprête à adopter le consentement comme critère déterminant. Un tel refus élargissant le champ d'application du viol est d'autant plus incompréhensible qu'il n'empêcherait pas que la contrainte, la violence, la menace ou la surprise soient pris en compte au titre d'un faisceau d'indices déterminant du consentement ou de son absence ; sauf à considérer la volonté du législateur de ne pas élargir l'infraction afin de ne pas avoir à juger un plus grand nombre d'affaires de viol dans des tribunaux déjà surchargés.

Chapitre 2 : Une protection sexospécifique maximale par la création d'infractions genrées

160. La vision radicale de la protection pénale des femmes tend quant à elle à établir de nouvelles infractions entièrement tournées vers la réalisation de cet objectif, qu'elles ne constituent qu'une réforme s'inscrivant dans la continuité du droit (**Section 1**), ou qu'elles en dépassent le cadre en imaginant de réelles infractions genrées (**Section 2**).

Section 1 : La création d'une infraction de violences obstétricales, continuité du droit positif

161. L'adoption de nouvelles infractions motivées par des impératifs biologiques et visant à protéger les femmes des violences - sans pour autant qu'elles entraînent un changement de vision du droit positif – est un moyen à la fois simple et efficace d'améliorer la condition pénale de la femme. En effet, certaines violences sexospécifiques ne font étonnamment l'objet d'aucune répression pénale spécifique, c'est par exemple le cas des violences obstétricales et gynécologiques.

162. Ces violences sont définies par le Haut Conseil à l'Égalité (HCE) comme des « *actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical : des gestes, propos, pratiques et comportements exercés ou omis par un ou plusieurs membres du personnel soignant sur une patiente au cours du suivi gynécologique et obstétrical et qui s'inscrivent dans l'histoire de la médecine gynécologique et obstétricale, traversée par la volonté de contrôler le corps des femmes dans sa sexualité et sa capacité à enfanter* »¹⁹⁰. Elles peuvent aller de violences légères ou psychologiques à des violences graves mettant en danger la vie de la femme, voire celle de l'enfant à naître si elle est enceinte.

163. On trouve par exemple au rang de ces pratiques l'expression abdominale, consistant à appuyer fortement sur le ventre de la femme enceinte en cours d'accouchement pour accélérer la délivrance. Cette pratique a été interdite par la Haute Autorité de Santé (HAS) dès 2007¹⁹¹, en ce qu'elle était non seulement génératrice de réels traumatismes pour la mère, sa pratique étant très douloureuse, mais également dangereuse tant pour la vie de la mère que

¹⁹⁰ Haut Conseil à l'égalité, *Rapport n°2018-06-26 « les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical »*, 2018

¹⁹¹ Haute Autorité de Santé, *Evaluation des bénéfices et risques de l'expression abdominale*, janvier 2017

pour le nourrisson. Or, en 2021, cet acte médical, qui n'est pas prohibé par la loi est encore pratiqué en France de manière occulte.

164. Du fait de leur gravité, mais également de leur nombre très important, ces violences devraient en principe faire l'objet d'une répression pénale. Et en effet, la préoccupation autour de ces violences fait l'objet de réflexions actives. En 2014 l'Organisation mondiale de la santé (OMS) dénonce ouvertement ces comportements. En France, en 2017 Marlène Schiappa, secrétaire d'état chargée à l'égalité entre les hommes et les femmes demande l'établissement d'un rapport sur les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical. Ce rapport sera rendu en juin 2018, mais il faudra attendre septembre 2020 pour qu'une proposition de résolution soit faite à l'Assemblée nationale par la députée du Nord Valérie Petit pour demander une révision du Code de la Santé Publique qui prenne en compte et sanctionne les violences gynécologiques et obstétricales d'abord au regard des engagements pris par la France dans la Convention d'Istanbul ¹⁹² mais aussi suite au rapport alarmiste établi en 2018 par le HCE¹⁹³, faisant état de l'absence massive de formation et d'information des soignants en la matière.

165. En 2021, aucune mesure ni réforme n'a encore été adoptée afin d'améliorer la prise en charge pénale des violences gynécologiques et obstétricales. Les femmes victimes sont ainsi obligées d'utiliser d'autres infractions pour dénoncer pénalement ce comportement, tel que les actes de torture, les mutilations ou les violences. Cette généralisation du contentieux relatif aux violences gynécologiques et obstétricales, qui sont pourtant très particulières (les soignants maltraitants n'ont parfois même pas conscience d'être auteurs de violences), ne serait pas néfaste si elle suffisait à traiter les litiges, mais, à l'heure actuelle, aucune plainte n'est parvenue à une condamnation des soignants ayant commis ces faits, pire, elles sont également rejetées devant l'ordre des médecins, laissant les victimes démunies.

166. Cette absence de reconnaissance est d'autant plus étonnante que de telles infractions spécifiques sont reconnues depuis de nombreuses années dans d'autres pays, le Venezuela en tête, ayant légiféré en la matière dès 2007 ¹⁹⁴, suivi par plusieurs autres états d'Amérique du Sud et centrale.

¹⁹² La Convention d'Istanbul ne nomme exactement que deux types de violences gynécologiques et obstétricales dans son article 39 à savoir la stérilisation forcée et l'avortement forcé.

¹⁹³ Op. Cit HCE *Rapport 2018-06-26*

¹⁹⁴ Venezuela, Ley sobre la violencia entre la mujer y la familia, , mars 2017

De plus, une telle infraction serait justifiée par des impératifs médicaux et physiologiques, s'insérant au cœur du régime particulier accordé à la femme, et ne remettrait donc pas en cause une approche genrée du droit pénal basée sur un impératif biologique, n'entraînant finalement qu'une réforme pénale minime. La seule différence marquante avec le régime auquel est soumis la femme enceinte est la durabilité de son état. Si le régime pénal spécial de la femme enceinte est justifié par une particulière et temporaire vulnérabilité, instaurer des violences gynécologiques et obstétricales paraît une mesure appropriée au cadre médical gynécologique.

167. La question des violences gynécologiques est symptomatique de la politique pénale menée par la France en matière d'approche sexospécifique en ce qu'elle illustre un réel intérêt politique et social de protéger les femmes, qui font partie des victimes privilégiées d'infractions portant atteinte à la personne tout comme les mineurs et les personnes vulnérables, mais d'un important manque de mise en pratique, le législateur renonçant généralement à modifier la loi pénale dès lors qu'il existe une infraction générale susceptible de s'appliquer aux faits, même si elle n'est jamais appliquée de manière effective.

Section 2 : L'adoption d'une infraction autonome de féminicide contestée

168. Sur la seule année 2019, l'étude nationale relative aux morts violentes au sein du couple fait état de 146 femmes décédées sous les coups de leur conjoint, soit un peu moins d'une tous les 4 jours. Ce chiffre alertant représente une augmentation de 21% des homicides conjugaux par rapport à l'année 2018. Si les mesures d'urgences prises durant 2020 pour limiter l'impact du confinement sur les violences intrafamiliales ont permis qu'il y ait moins de victimes à déplorer l'année passée¹⁹⁵, ce chiffre est reparti à la hausse dès le début de l'année 2021.

§1 : Une définition du féminicide

169. Constituant l'aboutissement du développement d'une protection sexospécifique des femmes par les infractions, la notion de féminicide est largement débattue à travers le monde. Il n'existe toutefois pas de consensus quant à sa définition, outre le fait que le féminicide - qui peut être également dénommé généricide, gynocide ou fémicide - est généralement défini comme le meurtre d'une femme parce qu'elle est une femme¹⁹⁶. Plus précisément

¹⁹⁵ 90 femmes ont été tuées par leur conjoint durant l'année 2020

¹⁹⁶ Pour un autre exemple, BRAUN Frédérique définit le féminicide comme « la mort violente d'une ou plusieurs femmes par le simple fait d'appartenir au sexe féminin », comprenant pour l'auteure non seulement les

l'Organisation Mondiale de la Santé le définit comme « *le meurtre de filles ou de femmes au simple motif qu'elles sont des femmes, c'est-à-dire un meurtre individuel ou collectif commis à raison du genre de la victime* ». Le féminicide a également la particularité d'être dans la plupart des cas commis par des hommes, même s'il arrive parfois que des femmes (faisant principalement partie de l'entourage familial) en soient complices ou auteurs, toujours selon l'OMS. Ce sont des homicides par essence spécifiques en raison de leur contexte, puisant sa source dans des situations de dominations des femmes par les hommes.

170. Selon l'OMS il existe 4 types de féminicides. Premièrement le féminicide intime, c'est-à-dire celui commis par le conjoint ou l'ex-conjoint. Ils représentent 35% des féminicides dans le monde. Dans un deuxième temps, les féminicides commis au nom de l'honneur. Ce sont ceux perpétrés par la famille dans le but de protéger leur réputation. Ils sont estimés à environ 5000 décès par an dans le monde¹⁹⁷. Viennent ensuite les féminicides associés à des pratiques culturelles (il s'agit généralement de problèmes de dot), et enfin, les féminicides non intimes ou sexuels, commis au hasard sur des femmes. Ces derniers font de très nombreuses victimes en particulier dans les pays d'Amérique Latine.

171. En France, le féminicide est reconnu linguistiquement dès 2014 par la Commission d'enrichissement de la langue, et apparaît dans le Robert dès 2015¹⁹⁸, ces apports n'ont cependant aucune valeur contraignante et ne valent pas reconnaissance juridique.

172. Dans la lignée de l'avis donné par la CNCDH¹⁹⁹, la France ne reconnaît pas le féminicide comme une infraction autonome, et ne lui confère pas de protection spécifique, estimant que les seules circonstances aggravantes à raison du sexe et de la commission par le conjoint suffisent à appréhender cette problématique.

§2 : Une reconnaissance internationale et européenne du féminicide

173. L'Amérique Latine, ayant fait face à des cas de féminicides extrêmement nombreux, fait figure de précurseur en la matière. A titre d'exemple, le Mexique comptait, sur la seule période de 2000 à 2014, 26000 femmes décédées en raison de leur genre, soit 5 par jour

fémicides en eux-mêmes mais aussi une négligence ou une passivité des Etats à prévenir et réprimer ces crimes.

¹⁹⁷ Ce chiffre est extrêmement inférieur à la réalité en raison de la non-dénonciation générale de ces crimes

¹⁹⁸ Donnant pour définition « *l'homicide d'une femme, jeune fille, ou enfant en raison de son sexe* ».

¹⁹⁹ CNCDH, Avis sur les violences contre les femmes et les féminicides du 26 mai 2016

en moyenne. De manière générale, il a été estimé qu'en Amérique Latine en 2017 12 féminicides par jours étaient à déplorer²⁰⁰.

Des mesures radicales sont donc prises afin d'endiguer ce déferlement de meurtres, notamment par le biais de l'arrêt brésilien Maria De Penha²⁰¹ y intégrant la problématique du genre. Cette prise de conscience dans l'ensemble de l'Amérique du Sud se traduira par l'adoption de la Convention Belém Do Pará²⁰², première convention internationale d'ampleur reconnaissant et sanctionnant le féminicide comme une infraction à part entière. Le féminicide, réaffirmé comme faisant partie des violences faites aux femmes par la Cour interaméricaine des droits de l'homme est vu comme portant atteinte à leur dignité²⁰³.

174. La Cour Européenne quant à elle utilise le terme de féminicide pour la première fois dans l'arrêt Talpis contre Italie en 2017²⁰⁴, indiquant la mise en place d'une protection catégorielle des femmes par la cour. Toutefois, cette prise en compte des féminicides se limite pour l'instant aux féminicides intimes (déjà couverts par la circonstance aggravante relative au conjoint en France). Nonobstant, les limites de cette jurisprudence européenne semblent floues, par exemple, le terme est utilisé dans l'arrêt Talpis, où la victime est vivante, mais pas dans l'arrêt Opuz, où la victime est décédée²⁰⁵. Pour sa part, le 8 octobre 2013 le Parlement Européen propose la création d'une infraction de généricide²⁰⁶ soulignant « *que le généricide demeure un crime et une grave violation des droits de l'homme qui exige que des moyens adéquats soient mis en place afin de traiter et d'éradiquer toutes les causes fondamentales à l'origine de la culture patriarcale* ».

175. Le dernier échelon en faveur d'une protection spécifique des femmes a été atteint en Europe par la reconnaissance de la Convention d'Istanbul par l'Union Européenne en juin

²⁰⁰ Voir notamment : arrêt Lopez De Lara et Aguirre Calleja de 2017 in WATTIER Stéphanie « La reconnaissance juridique du féminicide : quels apports en matière de protection des femmes ? » *RTDH* avril 2019

²⁰¹ CIDH Maria De Penha contre Brésil

²⁰² Op. Cit. Belém Do Pará, la Convention définit le féminicide comme « l'homicide de femme en raison de leur genre », reconnaissant ainsi pour la première fois l'infraction comme dirigée spécifiquement contre les femmes

²⁰³ CIDH *Massacre Dos Erres contre Guatemala* 24 novembre 2009

²⁰⁴ CEDH *Talpis contre Italie* 2 mars 2017

²⁰⁵ CEDH *Opuz contre Turquie* 9 septembre 2009, les faits étaient pourtant très sérieux, le conjoint violent ayant déjà été condamné et la victime ayant prévenu les autorités du danger vital auquel elle était soumise 24h avant son décès, la Cour conclut à des manquements des autorités turques dans la protection de la victime

²⁰⁶ Résolution du Parlement européen « Le généricide : les femmes manquantes » du 8 octobre 2013

2017, appuyant l'objectif de renforcer la protection pénale des femmes en Europe, tel qu'exprimé dans le texte de la convention. En Europe plusieurs pays reconnaissent le féminicide, particulièrement l'Italie, où une législation spécifique comprenant une infraction autonome de *femminicidio*²⁰⁷ est adoptée en 2013.

176. Plusieurs entités ont été appelées à se prononcer en faveur ou défaveur du féminicide en France. L'adoption d'une infraction autonome n'y remporte que très peu de suffrages favorables. Par exemple, la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) ne souhaite pas une consécration légale ou juridique du féminicide sous la forme d'une infraction sexospécifique. Au-delà de son conflit avec le principe d'égalité rendant impossible son adoption en l'état du droit, il est généralement estimé que les circonstances aggravantes existant en matière d'homicide suffisent à endiguer le contentieux juridique des meurtres féminins, y compris quand ils sont commis uniquement à raison d'une haine du sexe féminin sur une femme choisie au hasard.

§3 : Une infraction autonome débattue en France

177. Une infraction autonome présente pourtant plusieurs avantages. Non seulement elle comporte un fort message idéologique et de politique pénale - le rôle de celle-ci étant prédominant dans l'adoption de nouvelles infractions aujourd'hui - permettant de prendre en compte de manière concrète la problématique du genre en droit pénal et des inégalités systémiques auxquelles sont effectivement confrontées les femmes en France. Par ailleurs, elle comporte un intérêt statistique, permettant de décompter, prévenir et alerter sur le nombre réel de féminicides en France. Si des statistiques relatives aux féminicides existent, ce décompte est à l'heure actuelle évalué arbitrairement au cas par cas à défaut de définition juridique du féminicide. L'infraction a donc un fort intérêt préventif et dissuasif à propos des violences faites aux femmes.

178. D'un point de vue technique, l'adoption d'une infraction de féminicide permettrait de mieux prendre en compte certains homicides et de les punir à hauteur de leur gravité. En effet, les circonstances aggravantes de discrimination sexiste et de commission par le conjoint ne peuvent se cumuler concernant certaines infractions. Ne seront reconnus donc que l'une ou l'autre (généralement la circonstance aggravante tenant au conjoint, la France préférant mettre

²⁰⁷ Code Pénal Italien Article 613 bis

l'accent répressif sur les violences conjugales et intrafamiliales que sur les violences sexistes). Si une prévalence de la gravité des violences conjugales ne paraît pas blâmable, elle ne devrait pas se faire au détriment de la reconnaissance du caractère profondément misogyne et sexiste de certains homicides, fussent-ils conjugaux. Une infraction de féminicide permettrait de conjuguer gravité de l'infraction intra-familiale et atteinte à la dignité de la femme.

179. Enfin, et c'est peut-être là le point clé de la reconnaissance d'un régime sexospécifique des infractions, ne pas adopter le féminicide met la France en situation de violation de ses accords internationaux et européens. Non seulement, la France, pourtant signataire de la Convention d'Istanbul n'applique pas les recommandations de celle-ci (c'est d'ailleurs également le cas en matière de viol, tel que détaillé précédemment), mais de plus, elle risque de se mettre à courte échéance en porte à faux avec le droit communautaire, en passe d'être réformé et d'adopter le féminicide.

180. Néanmoins, l'adoption du féminicide n'est pas sans risque, outre l'atteinte portée au principe d'égalité, déjà évoquée. Premièrement, et sans surprise, consacrer une infraction nommée « féminicide » ne permet pas une grande inclusivité, risquant donc de laisser une partie des victimes démunies, par exemple les personnes agence ou transgenre qui, en fonction de la définition ne seraient pas protégées par cette infraction spécifique aux femmes, ou au contraire de stigmatiser l'ensemble des femmes comme étant des personnes vulnérables. Dans cette option une infraction de généricide²⁰⁸ pourrait être préférée à celle de féminicide ; le terme n'aurait toutefois pas la même portée symbolique.

181. En termes pénaux, le féminicide pose plusieurs problématiques, notamment quant à son rapport au principe de légalité²⁰⁹. Il faudrait ainsi établir un texte clair, prévisible qui définisse le féminicide. Or une telle définition ne peut se faire qu'en explicitant également une définition du genre, notion très versatile et polysémique. L'adoption de l'infraction ne pourrait se faire qu'après une longue période de réflexion législative faite conjointement avec les praticiens du droit. Une étude relative au féminicide a justement été développée depuis une dizaine d'années, grâce au REGINE²¹⁰ et au Grenelle des violences conjugales, bien loin de l'accumulation de textes pratiques adoptés dans l'urgence ces dernières années en la matière, ne proposant que des réformes minimales de procédure.

²⁰⁸ Op. Cit « Généricide : les femmes manquantes »

²⁰⁹ Le principe est souvent résumé par l'adage « Nullum crimen, nulla poena sine lege », traduit dans la loi par les articles 111-2 et 111-3 du Code Pénal. Il exige qu'une infraction fasse l'objet d'un texte de loi la définissant précisément et lui conférant plusieurs caractéristiques comme la clarté et la prévisibilité

²¹⁰ Recherches et études sur le genre et les inégalités dans les normes en Europe

182. Par ailleurs, l'adoption d'une infraction de féminicide remettrait en cause l'indifférence des mobiles traditionnelle en droit pénal, à la manière du droit espagnol, qui prend quant à lui en compte les mobiles discriminatoires des auteurs. Cette question n'apparaît pas toutefois comme un obstacle majeur à l'adoption de l'infraction, puisqu'il existe déjà plusieurs domaines où les mobiles sont pris en compte, par exemple en matière de discrimination²¹¹.

183. La progression de la législation relative aux violences conjugales semble en Europe se diriger majoritairement vers un traitement en amont de la situation de danger. En poursuivant d'une part l'effort entamé par le législateur dès 2019²¹² et plus récemment par le gouvernement, en développant le volet para-pénal et procédural en matière de violences, par exemple en démultipliant le nombre d'hébergement d'urgence ou de « téléphones grave danger ». Encore faut-il que de telles mesures soient d'ampleur, par conséquent assorties de l'allocation d'un budget conséquent spécialement réservé à la lutte contre les violences faites aux femmes.

184. Une évolution du droit pourrait par ailleurs se faire en prenant exemple sur les régimes instaurés dans d'autres pays européens, qui font également face à cette problématique. En Autriche et dans la plupart des Landers allemands, l'agresseur peut être immédiatement expulsé du domicile pour une durée de plusieurs jours par les forces de l'ordre sans que soit précédemment prononcé une quelconque décision de justice. En Suède, il existe une infraction spécifique et autonome à la récidive concernant l'auteur ayant des liens étroits avec la victime. Il apparaît en revanche que la législation espagnole, précurseur en la matière, n'ait pas réellement porté ses fruits et ne doit pas être copiée telle qu'elle. En effet, ces mesures semblent dans les faits porter peu de résultats concrets, seul un tiers des poursuites donnent lieu à des condamnations.

Section 3 : L'adoption des faits justificatifs à la protection des femmes : le syndrome de la femme battue

185. Si l'adoption du féminicide n'est pas retenue, il faudrait toutefois développer des alternatives visant à améliorer significativement la protection sexospécifique de la femme en matière de violences conjugales, notamment dans l'hypothèse où la femme victime commet elle-même l'irréparable et tue son conjoint violent.

²¹¹ Article 225-1 du Code Pénal

²¹² La loi du 28 décembre 2019 relative à la lutte contre les violences faites aux femmes, n°2019-1480

A cet égard, existe au Canada une mesure clé, permettant d'adapter le droit pénal à la spécificité des violences conjugales en développant plusieurs propositions pour doter les femmes battues de moyens de défense particuliers, à commencer par le concept de légitime défense différée.

186. En France, le cas de référence en la matière est celui de Jacqueline Sauvage - qui avait abattu son mari violent de trois balles de fusil - qui sera condamnée en première instance et en appel²¹³, ne bénéficiant pas de la légitime défense différée plaidée par son avocate, avant d'être finalement graciée partiellement par le président Hollande en 2016. Au Canada, l'arrêt de référence est l'arrêt Lavallee²¹⁴ mettant en valeur la notion de syndrome de la femme battue.

187. Ce syndrome théorisé par Léonore Walker dès les années 1980²¹⁵ est une théorie développant l'impact psychologique de long terme de la violence exercée par le conjoint au préjudice de sa femme. L'auteure reconnaît trois stades du cycle de la violence : le danger imminent, le passage à l'acte violent et enfin la phase de contrition et de manifestation. Reconnu comme stress post traumatique dans le registre américain des maladies mentales, le syndrome de la femme battue serait de nature à expliquer l'emprise mentale et la sujétion permanente dans lesquelles se trouve la femme victime de violences conjugales, justifiant une légitime défense différée. La légitime défense différée est celle n'ayant pas lieu pendant ou en un trait de temps avec les violences à proprement parler, mais commise dans le cadre de violences répétées entraînant un état de vulnérabilité et de danger permanent pour la victime, qui n'aurait d'autre solution que la riposte.

Ce syndrome était précurseur d'une évolution de la jurisprudence canadienne en matière d'homicides conjugaux, permettant à la Cour de dépasser en 2009 l'évaluation du critère « *d'homme raisonnable* » de la femme violentée décrié par la doctrine à propos de l'arrêt Lavallee²¹⁶ car inadapté au syndrome de la femme battue.

188. Au Canada, ce syndrome établi par un psychiatre expert, permet, s'il est corroboré par des preuves matérielles, de faire admettre une légitime défense différée et par conséquent un fait de la défense²¹⁷. En France à l'inverse, la légitime défense²¹⁸ doit être proportionnée,

²¹³ Cour d'assises d'Orléans 28 octobre 2014, confirmé par la Cour d'assises de Blois le 3 décembre 2015

²¹⁴ Canada, Cour Suprême 3 mai 1990, *Lavallee*,

²¹⁵ WALKER Léonore, *The battered woman*, 1979 et *The battered woman syndrome*, 1984

²¹⁶ FRIGON Sylvie, *L'homicide conjugal au féminin d'hier à aujourd'hui*, Montréal, 2003

²¹⁷ Code criminel canadien article 34 (2) LCR 1985 CHC46

²¹⁸ Code Pénal article 122-5 al.1

nécessaire et est de résultat indifférent²¹⁹. De ce fait, elle n'est pas reconnue en matière de violences conjugales sauf si l'homicide a lieu lors d'une attaque, et n'est pas présumée étant donné qu'elle est d'interprétation stricte.

Le syndrome des femmes battues n'est pas exempt de tout reproche néanmoins, puisqu'il est soumis à l'établissement de troubles mentaux, entachant selon certains auteurs la dignité et la crédibilité des femmes victimes, et créant un véritable régime de « *tutelle des femmes* »²²⁰.

189. Si une partie de la doctrine française se prononce en faveur de l'adoption d'une légitime défense différée, une telle adaptation du droit pourrait être risquée. Non seulement, au regard des projets déjà publiés, elle résulterait d'une confusion législative, la rendant peu fiable et ne respectant pas l'exigence de clarté et de prévisibilité de la loi, mais en plus, elle serait potentiellement incompatible avec certaines garanties offertes par la Convention européenne des droits de l'homme en matière de droit à la vie²²¹ et de prohibition de la peine de mort²²². Par ailleurs une légitime défense présumée en cas d'homicides conjugaux entraînerait une rupture d'égalité, notamment vis-à-vis des autres victimes de l'infraction, et serait donc inconstitutionnelle.

190. D'autres moyens de défense des femmes battues ont été envisagés par la doctrine et le législateur. Un groupe de parlementaires français avait par exemple proposé de légiférer relativement à une irresponsabilité pénale de l'auteur d'un homicide conjugal qui subissait des violences²²³. Ces parlementaires proposaient, en raison de l'état de soumission et de danger permanent auquel sont confrontées ces femmes, d'établir un nouvel article 122-1-1 du Code Pénal, créant une nouvelle cause d'irresponsabilité pénale. Ce projet était pourtant nébuleux, faisant l'amalgame entre altération et abolition du discernement, l'acte demeurant de ce fait punissable, et entraînant une confusion des auteurs entre les deux alinéas de l'article 122-1²²⁴. Demeurait également le problème de montrer les femmes battues comme des malades souffrant

²¹⁹ Cass Crim. 17 janvier 2017 n°15-86.481

²²⁰ POULIN Monique, *Le droit à la légitime défense en situation de violences conjugales, un régime de tutelle pour les femmes*, Thèse de doctorat, Laval, 2000

²²¹ Convention européenne des droits de l'homme article 2

²²² Protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'homme n°6 et n°13

²²³ Projet de loi relative aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, 2016 n°3605

²²⁴ Code pénal, article 122-1 al.1 et al.2

de troubles psychiques en les déclarant irresponsables pénalement. Ce projet n'aboutira finalement pas.

191. Enfin, une prise en compte améliorée de la contrainte²²⁵ serait adaptée au contentieux des femmes battues homicides, notamment grâce aux expertises psychiatriques réalisées. Si les juges estiment que l'infraction a été commise sous un état de sujétion irrésistible abolissant le libre arbitre de l'auteure, elle bénéficierait des garanties offertes par l'article 122-2 du Code Pénal.

192. L'introduction de la légitime défense différée, par le truchement du syndrome de la femme battue, permettrait sans conteste une meilleure défense des auteures victimes de violences conjugales passant à l'acte, tout comme l'adaptation de la contrainte à ces cas. Toutefois, certains auteurs s'interrogent : *peut-on modifier le régime de la légitime défense sans courir le risque de légitimer la vengeance et de rendre la sphère familiale plus dangereuse encore ?* à l'instar de Caroline Fleuriot²²⁶ qui refuse une telle modification. Les auteurs rejoignent sur ce point la vision de l'Assemblée nationale, qui fournit de nombreuses recommandations en matière de violences conjugales, sans toutefois évoquer la légitime défense différée²²⁷.

TITRE 2 : Le développement d'une protection sexospécifique dans le traitement pénal des femmes

193. Par-delà la seule appréhension infractionnelle des violences de genre, doivent être envisagés de nombreux autres changements au long de la chaîne pénale des femmes, qu'elles soient victimes ou auteures. Aucun moment judiciaire et carcéral n'est ainsi exempt de possibilités d'amélioration visant à juguler la victimation secondaire des femmes.

La victimation secondaire, développée par Martin Symons en 1980, fait référence à une perception de la victime selon laquelle, en dépit de son besoin de compréhension et d'appui elle n'est pas acceptée ni soutenue par les autres²²⁸. La première étude réalisée en matière de

²²⁵ Code pénal, article 122-2

²²⁶ FLEURIOT Caroline, « Femmes battues : il ne faut pas créer un régime de légitime défense différée », *Daloz actualités*, 24 février 2016

²²⁷ CROZON Pascale., *Rapport d'information de l'Assemblée nationale*, 17 février 2016

²²⁸ WEMMER Jo-Ann, *Introduction à la victimologie, la seconde victimisation et les besoins des victimes*, Presse universitaire de Montréal, 2003

victimation secondaire, qui prend en compte le traitement des victimes d'agressions sexuelles, conclut que dans l'extrême majorité des cas les victimes étaient traitées comme coupables lors du procès pénal²²⁹.

194. Particulièrement présente en matière de traitement pénal et carcéral des femmes, la victimation secondaire appelle à modification du droit. Un tel changement passe non seulement par l'adoption d'une vision féministe des jugements (**Chapitre 1**), mais aussi par une évolution du traitement des femmes qu'elles soient victimes au procès pénal ou auteures en milieu carcéral (**Chapitre 2**).

²²⁹ VIANO Emilio., DRAPKIN I., *Victimology a new focus – Rape : the victim and the Criminal Justice system*, 1975

Chapitre 1 : L'adoption d'une vision féministe des jugements

195. Prétendument neutres, certains jugements rendus par les cours de justices font marque d'un traitement genré assumé, remettant parfois en cause l'impartialité et la probité des magistrats (**Section 2**).

Partant de ce constat, de nombreux collectifs de juristes ont fleuri à travers le monde afin de corriger et établir une vision féministe des jugements déjà rendus, dans le but de faire progresser le droit (**Section 1**).

Section 1 : Une lecture féministe des jugements initiée par la doctrine

§1 : L'essor des Feminist judgments projects

196. Les jugements féministes, ou *Feminist judgments* dans le texte, sont des projets élaborés depuis le début du XXI^{ème} siècle afin de donner une perspective féministe au droit, notamment au droit pénal.

197. Initié au Canada par le collectif « *Women's court of Canada* » dès 2008, le mouvement des jugements féministes s'est étendu par la suite à de très nombreux pays et groupement parmi lesquels l'Angleterre, l'Australie, les Etats Unis, mais aussi l'Inde ou le continent africain²³⁰.

Sera retenue ici l'étude anglaise²³¹ à titre d'exemple. Regroupant de nombreux juristes et universitaires féministes, ces collectifs proposent des réécritures d'un point de vue féministe de jugements rendus par leur pays, de manière à ce qu'elle soit faite sous le point de vue non d'une simple personne raisonnable abstraite, mais d'un juge féministe.

198. Ces études partent de 2 postulats. D'une part, la société étant patriarcale, les juges ne peuvent qu'être imprégnés de l'impact de ce patriarcat au moment de rendre justice. Cet argument est d'autant plus percutant que dans le pays étudié - l'Angleterre - il n'y a qu'une seule femme siégeant à la Cour Suprême, et seulement 8 siègent dans les *Court of Appeal*. Par ailleurs, les auteurs postulent que le monde judiciaire et juridique n'est pas sexuellement neutre, c'est pourquoi les réécritures des jugements doivent être faites par des juges féministes (au sens de l'étude ce sont uniquement des femmes).

199. Cette masculinité des hautes cours anglaises leur paraît problématique dans la mesure où le but de la Cour Suprême et des Cours d'appel anglaises est de créer une

²³⁰ The African feminist judgments project

²³¹ HODSON Loveday, LAVERS Troy, *Feminist judgments in International Law*, 2019

uniformisation du droit, rôle d'autant plus important que l'Angleterre est un pays de Common Law où par conséquent les précédents jurisprudentiels sont la base du droit en vigueur. Or, les jugements étant rendus quasi exclusivement par des hommes, ils reflètent leurs seuls points de vue. Selon la partie de la doctrine menant l'étude, il existe à travers ces jugements un pan du droit clairement défavorable aux femmes et aux personnes vulnérables²³².

200. L'étude menée par les jugements féministes fait apparaître une série de cinq critiques récurrentes aux jugements rendus.

D'abord, elle vérifie le postulat établi selon lequel les « *personnes raisonnables* » en charge des jugements sont soumises au prisme de leur expérience personnelle et de leur entourage. De cette première critique découle la seconde. Le classement sociétal des individus se fait de manière dichotomique : d'une part sont associés aux personnes autonomes les agresseurs, et d'autre part les victimes sont toujours vues comme vulnérables et dépendantes, qualités généralement attribuées aux femmes victimes d'infractions.

201. La troisième critique met en exergue le manque de distinction entre la sphère privée et publique, dont il résulte notamment que ce qui relève a priori de la sphère privée n'est si ce n'est absente, que très partiellement régie par le droit.

202. Par ailleurs, l'auteur critique l'orientation de la jurisprudence développée en cas de conflit entre plusieurs droits de l'homme par exemple le droit au procès équitable qui serait interprété en faveur de l'accusé concernant un viol. Cet argument parmi tous semble le plus fragile, en effet, le droit pénal s'attache en premier lieu à la personne accusée ou prévenue, et les droits de la défense le protégeant sont primordiaux et ne cessent de s'étendre, il ne semble donc pas qu'il faille y voir une négation de la victime, et encore moins un sexisme discriminatoire, même si factuellement cette protection est souvent préjudiciable aux femmes victimes.

203. Enfin, l'étude remet en cause le principe d'égalité formelle, en ce qu'une égalité mathématique ne prend pas en compte les inégalités historiques, sociologiques ou sociétales subies par la femme. Il faut donc, selon elle, faire primer l'égalité substantielle sur l'égalité formelle, notamment en termes de jugements impliquant une femme victime d'infraction.

²³²VIGNERON Sophie, « Juger ailleurs, juger autrement. Feminist judgments ou juger en féministe », *Cahiers de la Justice* 2015, p235

§2 : *Un jugement à l'épreuve de la relecture féministe*

204. L'arrêt rendu par la Court of Appeal le 21 juin 2000 concernant les violences domestiques²³³ est un exemple emblématique de la réécriture des jugements féministes. En l'espèce, un père jugé coupable de violences conjugales sur sa compagne demande un droit de visite sur ses enfants, ladite violence ayant entraîné la séparation du couple. En l'état du droit britannique, il existait une présomption réfragable en faveur du père de pouvoir garder contact avec ses enfants. La mère pouvait ainsi par tous moyens renverser cette présomption, sans toutefois évoquer les violences dont elle avait été victime, considérées comme non décisives et insuffisantes pour la renverser. La mère utilisant cet argument est même considérée comme un témoin hostile²³⁴. Donner gain de cause au père entre d'ailleurs en contradiction avec les conclusions des experts psychiatres, faisant ressortir le caractère risqué et néfaste pour les enfants de garder le contact avec le père violent.

205. La décision originalement rendue fait valoir une présomption en faveur des contacts nécessaires à la prise en compte de l'intérêt de l'enfant²³⁵. Les violences conjugales seront prises en compte si elles sont préalablement prouvées et jugées comme telles. En revanche, le père pourra s'amender et demander de nouveau la garde de ses enfants à tout moment à la seule promesse de suivre des cours de maîtrise de soi.

206. Dans la réécriture féministe du jugement, sont pris en compte conjointement l'intérêt de la femme et de l'enfant avant celui du père dès lors qu'il est préalablement condamné pénalement. Une présomption contraire est posée en cas de séparation pour cause de violences conjugales, celles-ci sont d'ailleurs appréciées et définies au sens large. La promesse d'amendement est abandonnée. Cette adaptation du jugement permettrait selon l'auteur de réduire considérablement le risque de victimation secondaire et le sentiment de danger pour la victime de violences conjugales.

207. La question se pose néanmoins de la transposition concrète de ces réécritures de jugements, féministes certes mais purement doctrinales. Une telle mise en œuvre semble d'autant plus compliquée qu'à l'heure actuelle les projets sont presque tous tirés de pays de Common Law, allant à l'opposé du principe de légalité dirigeant le droit pénal français. Une

²³³Royaume Uni, Cours d'appel *Re L, Re M, Re V, Re H (children) contact : domestic violence*, 21 juin 2000

²³⁴ Un « hostile witness » pourra être traité de manière moins favorable qu'un simple témoin lors du procès. Il pourra par exemple être interrogé à nouveau par la partie l'appelant à la barre.

²³⁵ Parmi lesquels se trouvent les éventuelles violences conjugales

telle évolution judiciaire semble néanmoins possible en France. Certes elle y aurait un écho plus diffus et subtil, puisque la loi demeure la même.

Section 2 : Les jugements féministes, réponse à la partialité du juge pénal

208. En effet, le droit français ne peut se targuer d'être neutre et d'adopter une approche non genrée. Si par principe les magistrats se doivent expressément d'être des juges impartiaux et ne point se prononcer en vertu de leurs sentiments personnels, dans les faits la situation est bien différente.

209. Les magistrats, suivant les prescriptions de l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme, aux termes duquel « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* », se doivent d'être impartiaux. Si l'impartialité n'apparaît pas directement dans le droit positif, elle découle de l'article préliminaire du Code Pénal, et impose aux magistrats de respecter un devoir absolu d'égalité devant la Justice se traduisant non seulement par une absence de préjugés mais aussi par une absence réelle de parti pris lors de son office. L'impartialité garantissant le droit au procès équitable se concrétise par deux facettes, l'une subjective, où le juge pourrait être partial en raison de ses relations ou croyances personnelles envers l'une des parties, et l'autre objective, où il serait amené à préjuger d'une affaire car il y a déjà été confronté auparavant et a donc déjà développé une opinion à son égard.

210. En dépit de ce principe cardinal de la Justice, il apparaît comme presque impossible qu'un magistrat soit totalement exempt de préjugés lors de son jugement. Bien sûr de nombreux dispositifs pénaux et de procédure ont été mis en œuvre pour se prémunir contre la partialité des décisions de justice, par exemple le mécanisme de récusation lorsqu'une partie est un proche du juge ou encore le non-cumul de fonctions du juge sur une même affaire, par exemple concernant le juge des enfants qui ne peut instruire et juger d'une même affaire²³⁶. Cependant ces mécanismes ne peuvent prémunir contre les préjugés du juge résultant de son histoire personnelle et de son affect, et notamment de la vision genrée qu'il a de la société.

211. En effet, de nombreuses décisions de justice françaises sont encore en 2021 rendues avec des motivations et une étude des faits allant d'une simple différence entre les genres à une

²³⁶ CEDH 2 mars 2010 *Adamkiewicz*

misogynie assumée. L'exemple récent le plus marquant en la matière est sans conteste celui de « l'affaire Julie »²³⁷ ayant suscité de très vives réactions de la part de la doctrine.

212. Jugée devant la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 17 mars 2021, l'affaire Julie, dans laquelle une mineure de moins de 15 ans atteinte de troubles psychiques accusait plusieurs pompiers adultes de viol, retient que la victime disposait du discernement nécessaire pour que ne soit pas retenue la contrainte morale. La Chambre criminelle confirme de ce fait le non-lieu des chefs de viols et agressions sexuelles aggravées au profit d'atteintes sexuelles aggravées.

Si la Cour de cassation, juge du droit s'est trouvée obligée de suivre l'argumentation relative aux faits développée par la Chambre de l'Instruction, il n'en va pas de même pour cette dernière.

213. Il pourrait à première vue paraître étonnant de citer cet arrêt à titre d'exemple concernant les violences faites aux femmes, étant donné que la victime était ici un mineur de moins de 15 ans, cependant, les justifications données par la Chambre de l'instruction sont extrêmement genrées, et tendent à discréditer la victime en tant que femme et non en tant qu'enfant ou qu'individu. L'étude de 1975 relative à la victimisation secondaire en matière de viol²³⁸, observe à cet égard que, dans 10 des 14 cas étudiés ce sont les comportements sexuels de la victime qui ont été discutés par la défense, et dans 9 cas, le caractère général de la victime est relevé comme jouant en sa défaveur. L'arrêt du 17 mars 2020 laisse ainsi à voir qu'en 45 ans rien n'a évolué concernant la victimisation secondaire des femmes victimes de viol, renforcé par le fait que la victime soit un mineur de moins de 15ans.

214. En l'espèce, non seulement la Cour d'appel ne retient pas l'état de vulnérabilité caractérisant une contrainte ou une surprise alors que la victime est une mineure de moins de 15 ans atteinte de sévères troubles psychiques, mais se fonde au contraire sur un faisceau d'indices tout à fait empiriques et arbitraires pour ce faire, tels que son « *comportement entreprenant et provocateur* » ou sa « *participation active lors des débats* ». Cette position est d'ailleurs critiquée par Mme l'avocat général près la Cour de cassation, qui déplore que la chambre se soit appuyée sur de tels éléments pour écarter des éléments incontestables de grande fragilité psychologique « *sans rechercher si, du fait de son état de faiblesse psychique et physique et de sa différence d'âge avec les auteurs, elle avait le discernement d'accepter des*

²³⁷ Crim 17 mars 2021 n°20-86.318

²³⁸ Op. Cit. *Victimology : a new focus*

actes de nature sexuelle, qui est l'élément central sans lequel il ne peut exister de consentement »²³⁹.

La Cour d'appel de Versailles, sans même s'attarder sur l'abus de vulnérabilité et le discernement de la victime, ressortant pourtant de manière évidente des faits, a ainsi priorisé les comportements de la victime dont elle jugeait qu'ils permettaient d'attester son consentement au regard des auteurs, alors même qu'il avait été démontré que les pompiers connaissaient l'âge et la vulnérabilité de celle-ci (étant donné qu'ils avaient été appelés à intervenir auprès d'elle à de nombreuses reprises dans le cadre professionnel)²⁴⁰.

215. Cet arrêt n'est qu'un des nombreux exemples pour lesquels le juge (ou d'ailleurs les jurés dans le cadre des Cours d'assises) oriente son jugement non pas au seul regard des faits – tel que l'impartialité le lui impose – mais également au regard de l'opinion de la société sur ce type de comportements, réprouvant par exemple le fait qu'une femme soit trop libérée sexuellement, ou sa façon de se vêtir.

Une telle partialité personnelle des magistrats est d'autant plus complexe que la dénoncer n'aboutit que rarement, étant donné que la preuve de ce préjugé est extrêmement difficile à rapporter en dehors des cas où elle est librement extériorisée (par exemple s'il exprime des opinions ouvertement misogynes).

216. Peu de solutions seraient à même de résoudre cette partialité personnelle des juges. Quelques propositions existent néanmoins, il a été par exemple envisagé par les projets doctrinaux des *Feminist judgments* de ne recruter pour traiter ce contentieux que des femmes juges ou du moins des juges dont il a été préalablement vérifié la particulière probité et l'absence de misogynie²⁴¹, bien que cette mesure paraisse irréalisable concrètement²⁴². La formation des juges en termes de violences faites aux femmes doit en revanche être améliorée et rendue systématique pour tous les magistrats, et pas seulement lors de leur formation initiale²⁴³.

217. A été développée également l'idée de créer des juges ou des tribunaux spéciaux pour traiter exclusivement les cas de violences faites aux femmes. Ce système est d'ores et déjà

²³⁹ Avis de Mme l'avocat général ZIENTARA-LOGEAY

²⁴⁰ *Ibid*

²⁴¹ Op. Cit. *Feminist judgments*

²⁴² Une telle mesure violerait l'égalité entre hommes et femmes dans les emplois publics (issue de la loi dite Sauvadet du 12 mars 2012)

²⁴³ Une formation relative aux violences faites aux femmes est organisée par l'ENM depuis 2018

appliqué depuis 2004 en Espagne, où les violences conjugales sont traitées par des tribunaux spécialisés. Véritable exemple en la matière suite à sa réforme de 2004²⁴⁴, l'Espagne adopte une définition des violences faites aux femmes en lien avec les inégalités structurelles entre les femmes et les hommes, considérant les violences comme le résultat de la domination masculine et l'expression de « *rappports de pouvoir exercés par les hommes sur les femmes* », lui permettant d'enregistrer un taux de condamnation deux fois plus élevé que la France en matière de féminicides²⁴⁵.

218. Enfin, les initiatives de création de collectifs de juristes tels que Lawyers4Women²⁴⁶, réunissant de nombreux professionnels du droit français mais aussi étrangers dans le but de débattre, d'informer et faire évoluer les droits des femmes doivent être encouragées.

Chapitre 2 : L'adoption d'un traitement non genré des femmes

219. Au cours de la procédure et du traitement pénal, qu'elles soient victimes (**Section 1**) ou auteures d'infractions pénales (**Section 2**), les femmes sont une nouvelle fois confrontées à un traitement différencié, soit vis-à-vis des hommes, par exemple lors de leur incarcération, soit vis-à-vis des autres victimes de la même infraction dont la nature criminelle ou non des faits est choisie empiriquement par le juge ou le tribunal.

Une telle discrimination injustifiée bafoue le principe d'égalité devant la Justice, appelant à une modification rapide du droit.

Section 1 : La correctionnalisation judiciaire, cause de victimation secondaire

220. La loi et la Justice pénale sont tournées vers la prise en compte de l'auteur de l'infraction, et non de la victime et du récit qu'elle donne des faits. Bien que la victimologie soit une matière en plein essor ayant trouvé sa place au sein de l'article préliminaire du Code de Procédure Pénale, le procès demeure pleinement celui de l'auteur et non de la victime. Selon Catherine Le Magueresse²⁴⁷, il est symptomatique que lors de la correctionnalisation judiciaire

²⁴⁴ Espagne Ley medidas de proteccion integral contra la violencia de género 28 décembre 2004 1/2004

²⁴⁵ Les politiques publiques de lutte contre les violences conjugales en Espagne: regards croisés avec la France, statistiques sur l'année 2019 rapportées au nombre d'habitants en France et en Espagne

²⁴⁶ Association violences faites aux femmes | [Lawyers for Women \(lawyers4women.com\)](http://Lawyers for Women (lawyers4women.com))

²⁴⁷ LE MARGUERESSE Catherine, la disqualification pénale des violences sexuelles commises par des hommes à l'encontre des femmes in *Genre et droit*, Dalloz, 2016

d'une infraction, le droit évoque une disqualification, et non une déqualification, faisant appel à un imaginaire discréditant ou dénigrant la réputation de la victime. Au regard des violences de genre, la correctionnalisation se traduit non seulement par une disqualification des violences, mais aussi un discrédit de la parole des femmes.

§1 : Une définition de la correctionnalisation judiciaire

221. Développée dès le XIX^{ème} siècle, le principe de la correctionnalisation judiciaire - qui « *consiste pour le procureur de la République, le juge d'instruction ou la chambre de l'instruction à retenir en amont une qualification délictuelle pour des faits de nature criminelle* »²⁴⁸ - n'a été légalisé qu'en 2004 avec la loi Perben II²⁴⁹, demeurant donc pendant près de deux siècles une coutume *contra legem* qui reconnaissait empiriquement une compétence matérielle au tribunal correctionnel.

222. Il existe trois façons de correctionnaliser une affaire judiciaire²⁵⁰. Pour déclasser un cas, il faut soit négliger une circonstance aggravante, taire l'un des éléments constitutifs de l'infraction, ou bafouer le principe de la plus haute expression pénale en écartant délibérément la qualification la plus grave en cas de concours.

La correctionnalisation judiciaire est un procédé extrêmement courant dans la pratique judiciaire actuelle. Bien qu'elle soit décriée par une large partie de la doctrine²⁵¹ car elle concourt généralement à déformer la réalité des faits à des fins utilitaires²⁵², ses partisans lui trouvent de nombreux avantages du point de vue du fonctionnement de la Justice.

223. Tout d'abord un argument d'efficacité, la correctionnalisation offrant une réelle opportunité pour les magistrats de gérer les flux trop abondants des affaires censées passer par principe devant une Cour d'assises. Correctionnaliser représenterait donc un gain de temps et d'argent pour la Justice. Ce gain se traduit notamment par l'évitement du recours au jury populaire siégeant en Cour d'assises. Le jury est ici vu comme un processus à la fois coûteux

²⁴⁸ « Correctionnalisation » Lexique des termes juridiques, Dalloz, 2018, p. 323

²⁴⁹ Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II, du 9 mars 2004, n°2004-204

²⁵⁰ LAVRIC Sabrina, MENABE Catherine, PELTIER-HENRY Mélodie, « Enjeux et perspectives de la correctionnalisation judiciaire », *AJ Pénal* 2018 p188

²⁵¹ Ibid

²⁵² DARSONVILLE Audrey, « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Revue de droit pénal* 2007. Étude 4, n° 15.

et long²⁵³. La correctionnalisation est alors vue comme une nécessité, transformant une justice de qualité au profit d'une justice de quantité.

Un tel argument semble toutefois contestable, et potentiellement dépassé par le biais de l'expérimentation de Cours Criminelles concernant les crimes – si tant est que le résultat de cette expérience soit concluant et aboutisse à leur pérennisation - permettant un gain financier et horaire et supprimant également le recours au jury populaire, au profit de magistrats professionnels.

224. Par ailleurs, la correctionnalisation judiciaire constitue une inégalité flagrante des individus devant la Justice, justifiée en surface par l'intérêt général, la constitutionnalité du phénomène n'ayant jamais été réellement vérifiée par question prioritaire de constitutionnalité étant donné que la Cour de cassation refuse systématiquement de transmettre au Conseil Constitutionnel les questions qui lui sont soumises à ce sujet.

De manière générale, est fait valoir au soutien de cette pratique que toutes les parties sont satisfaites du processus étant donné qu'il est possible de contester la correctionnalisation, partant du principe que le taux de dénonciation de ce phénomène est très faible. Encore faut-il pondérer ce chiffre par d'une part par la faiblesse des études réalisées sur le sujet, et d'autre part par le fait qu'une satisfaction des victimes de la correctionnalisation n'est pas scientifiquement mesurable, toutes n'ayant pas forcément vu comme une opportunité de refuser le processus au risque de devoir perdre plus de temps et d'argent au soutien de leur défense.

225. Les femmes, victimes privilégiées des infractions pénales, sont particulièrement touchées par ce phénomène, notamment en matière de viol, infraction faisant l'objet d'une correctionnalisation massive.

§2 : Le cas emblématique de la correctionnalisation du viol

226. Sera ici pris en exemple une étude relative à la correctionnalisation du viol réalisée à Nantes sur l'ensemble des dossiers clos de viols du ressort de ce tribunal sur l'année 2012²⁵⁴. L'étude ne prend en compte que les cas où les éléments constitutifs du viol étaient réunis.

²⁵³ Les jurés font l'objet d'un défraiement journalier total de 80€ et un procès d'assises comprenant un jury dure bien plus longtemps qu'un procès devant une cour criminelle jugé par des juges professionnels.

²⁵⁴ CROMER Sylvie, DARSONVILLE Audrey et autres, *Les viols dans la chaîne pénale : étude nantaise*, Rapport de recherches 2017, HAL

227. Au début de l'enquête, la qualification de viol est très souvent mobilisée par le procureur, dans le but de réaliser de larges investigations, mais lors de l'avancée du dossier pénal la gravité de l'infraction est progressivement atténuée, et termine généralement par une déqualification de l'infraction en agression sexuelle. Plus préoccupant, les critères de cette correctionnalisation semblent difficilement perceptibles. Lors des entretiens avec les professionnels du droit, plusieurs aspects de la correctionnalisation ressortent, outre celui de gestion des flux précédemment évoqué.

228. Dans un premier temps, la correctionnalisation permet d'anticiper. Elle est alors présentée comme un moyen de protéger la partie civile, évitant à la victime de viol une oralité et une publicité des débats lors du procès d'assises. Par ailleurs, correctionnaliser permettrait à la victime d'anticiper la sanction applicable à son agresseur, puisque l'affaire sera jugée par un juge professionnel estimé plus constant et assuré dans ses peines qu'un jury d'assises. La correctionnalisation judiciaire représenterait alors une forme d'individualisation de l'affaire.

229. Ce dernier point mène à une correctionnalisation dénaturation où l'infraction de viol perd son unité et devient très individualisée, selon l'étude « *le viol peut apparaître comme une infraction non homogène, il n'y aurait plus le viol, mais les viols* »²⁵⁵. Une telle évolution judiciaire conduit à une gradation dans la souffrance, faisant apparaître « *une distinction entre des viols graves qui conservent leur qualité de crime et des viols moins graves qui deviennent des délits, sans que les critères de différenciation ne soient explicites* »²⁵⁶. L'examen de ces cas de viols laisse à voir en effet que le choix de qualification entre un viol criminel passible de la Cour d'assise et un « simple viol » jugé comme peu grave et requalifié en simple délit se fait en fonction de critères non juridiques mais pratiques et sociaux. Sont examinés par exemple les types de pénétrations et les comportements sexuels de la victime, le degré de doute sur son consentement ou encore les relations entre les différents protagonistes du viol (les viols les plus graves étant alors selon la juridiction les viols incestueux). En complément, l'étude lilloise²⁵⁷ démontrait qu'étaient jugés comme criminels outre les incestes les cas correspondant au mythe du « *bon viol* »²⁵⁸, à savoir celui commis par un inconnu ayant une situation personnelle ou économique précaire, loin de représenter la majorité des viols où l'auteur est connu de la victime.

²⁵⁵ *Ibid*

²⁵⁶ *Ibid*

²⁵⁷ Annexe n°1 « *les viols dans la chaîne pénale* »

²⁵⁸ FOIS Giulia, Je suis une sur deux, j'ai eu le bon viol, *Pocket*, 4 mars 2021

230. Une telle appréhension des viols est non seulement arbitraire et soumise entièrement à l'appréciation du juge - même si la correctionnalisation est susceptible d'être refusée, les doutes concernant la pertinence de l'absence de refus existent – mais invisibilise aussi certains types de viols en leur déniaient tout caractère criminel tels que les viols conjugaux, ou les viols dont les victimes sont les hommes.

231. Une réflexion approfondie doit donc être menée quant à la pertinence de la pratique de la correctionnalisation, particulièrement concernant le viol. Une réponse possible à cette problématique pourrait résider dans l'adoption de cours criminelles en la matière, non pas dans le but de remplacer les Cour d'assises, dernier bastion de la justice populaire, mais pour constituer un échelon intermédiaire entre le tribunal correctionnel et celles-ci, afin de traiter des affaires sensibles pour lesquelles l'apport et l'expertise du jury seraient limitées, et de désengorger les tribunaux sans disqualifier des infractions criminelles.

Si toutefois l'expérience des Cours criminelles ne devait pas être poursuivie, la correctionnalisation judiciaire devrait être rendue moins systématique en matière de viol.

Section 2 : Un milieu carcéral inadapté aux femmes auteures d'infractions

232. La protection pénale de la femme ne doit pas être réservée aux seules femmes victimes, mais également les femmes auteures d'infractions pénales. En effet, après une condamnation pénale, la violence de genre ne cesse pas l'univers carcéral n'étant pas exempt d'autres formes de violences sexospécifiques.

Si les femmes auteures d'infractions sont en extrême minorité en France, représentant moins de 4% des détenues²⁵⁹, leur nombre reste peu ou prou stable à l'inverse des Etats Unis par exemple où leur nombre explose depuis une dizaine d'années. Cette infériorité numérique est multifactorielle. Les femmes sont en effet très invisibilisées dans les recherches concernant la prison²⁶⁰ les études les concernant étant peu nombreuses. Elles sont par ailleurs généralement auteures d'une criminalité moins grave et moins fréquemment en état de récidive que les hommes.

Ce phénomène est renforcé par deux facteurs : premièrement, la politique criminelle a progressivement dépénalisé un certain nombre d'infractions visant les femmes, par exemple l'avortement, diminuant le nombre de femmes auteures d'infraction et a parallèlement mis l'accent sur des formes de violences typiquement masculines, comme les violences conjugales,

²⁵⁹ Elles étaient 3157 au 1^{er} janvier 2020

²⁶⁰ ROSTAING C. Une institution dégradante, la prison, *Gallimard*, 2021

confortant l'écart numérique. Deuxièmement, les femmes bénéficient en majorité d'un traitement pénal avant leur incarcération plus favorable que leurs homologues masculins²⁶¹ qui se traduit par moins de condamnations, et une moins forte propension à une peine d'emprisonnement ferme.

233. Cette différence numérique résulte également d'un chiffre noir très important sur la criminalité des femmes, le nombre de femmes judiciairisées ne correspondant aucunement au nombre de femmes délinquantes²⁶². Une idée fausse circule d'ailleurs à propos des femmes délinquantes, selon laquelle les femmes et les hommes seraient aussi nombreux à commettre des infractions, mais que les femmes seraient plus douées pour dissimuler leurs méfaits. Cette idée résulte notamment de l'essor dans les médias d'une criminalité féminine marginale très taboue, comme celle de l'inceste maternel.

La prison, si elle semble agenre au premier regard, hormis une séparation carcérale stricte entre les sexes, est en réalité « *pensée par les hommes pour les hommes* »²⁶³. L'ensemble de la doctrine est unanime pour évaluer que « *les prisons « tout court », c'est-à-dire sans spécifier le genre, s'avèrent en réalité, normalement des prisons pour homme* »²⁶⁴ et que le traitement différentiel des femmes et des hommes n'y fait aucun doute²⁶⁵.

Les réformes carcérales en matière de femmes détenues se sont montrées particulièrement pauvres. Par exemple la loi du 24 novembre 2009²⁶⁶ est un modèle de déception²⁶⁷, se bornant à quelques réformes sur des points précis telles que le port des entraves lors de l'accouchement carcéral²⁶⁸. La situation de la femme détenue n'a que peu évolué depuis.

234. Non seulement le nombre réduit de quartiers féminins impose dans la majorité des cas un déracinement de la femme détenue, l'empêchant de maintenir un contact fréquent avec ses proches et en particulier ses enfants. De plus, les prisons pour hommes, contenant la plupart des quartiers féminins, représentent un niveau de sécurité trop important vis-à-vis de la criminalité féminine qui y est détenue.

²⁶¹ HERZOG EVANS Martine, Les gender studies, AJ Pénal 2010 p20

²⁶² GAUTHIER Lola, Le traitement pénal des femmes : reflet d'un ordre genré, RSC, 2021

²⁶³ *Ibid*

²⁶⁴ DA CUNHA Manuela, *La saillance variable du genre dans le monde carcéral*, Colloque Genre et monde carcéral, 2018

²⁶⁵ FAUGERON Cl., « femmes libérées sous condition », *Gallica*, 1979, p. 114

²⁶⁶ Loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, n°2009-1436

²⁶⁷ Op. Cit. *Les gender studies*

²⁶⁸ Article 38 de la loi du 24 novembre 2009

La femme délinquante est par ailleurs vue comme doublement déviante, non seulement auprès de la loi, mais aussi auprès de la morale. Ce jugement moral est encore plus fort si la femme est mère, car elle est alors jugée immédiatement comme étant une mauvaise mère.

235. Au Royaume Uni, une vision essentialiste de la prison pour femme a été adoptée, suivant les prescriptions des célèbres *Gender studies*, qui n'ont eu en France qu'un écho minime. La vision française de la prison, égalitariste, vise à nier toute différence de traitement entre les hommes et les femmes détenues, à l'inverse d'une vision essentialiste qui - si elle se base encore sur des concepts genrés - permet de prendre en compte les spécificités de chaque sexe et de chaque type de délinquance notamment quant au passé de violences subies quasi systématiquement par les femmes détenues.

236. Il faudrait selon une partie de la doctrine abandonner cette vision de « police du genre »²⁶⁹, qui maintient un ordre sexué dans la société. Lola Gauthier plaide en conséquence pour une nouvelle vision de la prison qu'elle nomme constructionniste²⁷⁰, qui prendrait en compte le genre comme construit social. Rappelant le célèbre adage de Simone De Beauvoir, l'auteure propose de prendre en compte le fait « *qu'on ne naît pas femme, on le devient* »²⁷¹, et de développer une intersectionnalité et une transdisciplinarité dans l'approche genrée de la prison dans le but non seulement d'améliorer la prise en charge des individus incarcérés, mais aussi de déconstruire les stéréotypes de genre en milieu carcéral.

²⁶⁹ DARLEY Mathilde, MAINSAINT Gwenaëlle « Police du genre », *Genèses*, 2014

²⁷⁰ Op. Cit. *Le traitement pénal des femmes*

²⁷¹ DE BEAUVOIR S. *Le deuxième sexe*, 1976

Conclusion de la partie 2

237. L'essor d'une protection sexospécifique de la femme peut prendre plusieurs formes plus ou moins transformatrices du droit pénal, et concerner toutes les étapes du traitement pénal d'une femme, partant d'une modification en amont des infractions pénales et allant jusqu'aux conditions de détention.

238. Si certaines modifications de faible ampleur permettent une adaptation rapide et simple du droit pénal, comme une dépénalisation réelle de la prostitution ou l'adoption d'une infraction spécifique de violences gynécologiques et obstétricales, une vision plus radicale d'un droit pénal genré protecteur tend à adopter une infraction autonome de féminicide.

L'infraction de féminicide, rendue impossible en France par le principe d'égalité, est en effet plébiscitée non seulement au niveau international – que ce soit en Amérique du Sud avec la Convention Belém do Para ou en Europe avec la Convention d'Istanbul – mais aussi dans plusieurs états européens luttant efficacement contre les homicides conjugaux, par exemple l'Italie consacrant une infraction de *femminicidio* dès 2013²⁷² ou l'Espagne²⁷³.

Au-delà d'une action centrée sur les seules infractions pénales, l'amélioration du statut pénal de la femme passe également par un changement de l'approche adoptée par le procès pénal et l'environnement carcéral.

239. Remettant en cause l'impartialité des juges au regard des stéréotypes de genre et le caractère systématique de la correctionnalisation judiciaire concernant certaines infractions dont les femmes sont victimes, une portion féministe de la doctrine dénonce le traitement sexiste des procès et des jugements en droit pénal français se traduisant soit par des motivations d'ordre moral et non juridique, soit par une correctionnalisation judiciaire excessive de certaines infractions notamment en matière de viol. Cette différence de traitement envers les femmes, pourtant contraire au principe constitutionnel d'égalité devant la Justice entraîne une forte victimation secondaire des femmes aisément évitable.

240. Enfin, les conditions de détention des femmes doivent elles aussi être modifiées pour prendre en compte leur spécificité, non seulement en tant que femmes et mères, mais

²⁷² Code pénal italien, Article 613bis

²⁷³ Op. Cit. Ley medidas de proteccion integral contra la violencia de género

surtout au vu des spécificités de leur criminalité, généralement moins grave que celle des hommes. Un environnement carcéral adapté aux femmes, et non plus basé sur la criminalité et la détention masculine devrait ainsi être développé.

Conclusion générale

241. Les violences faites aux femmes sont un fléau systémique n'épargnant aucun territoire. L'ONU les qualifie même dès 1980 de « *crimes secrets les plus nombreux au monde* »²⁷⁴. Ce n'est toutefois que récemment que les violences de genre sont reconnues comme un problème juridique à part entière à l'origine d'un débat mondial visant à leur attribuer une réponse pénale spécifique. Objectif clé de la protection des droits fondamentaux, la lutte contre les violences sexospécifiques fait l'objet de nombreuses conventions, décisions et réformes tant au niveau international et européen qu'en droit interne. Suivant l'exemple des pays sud-américains précurseurs en matière de protection des femmes, l'Europe s'est ainsi dotée d'une jurisprudence fournie en matière d'égalité homme-femme et de discriminations positives, concrétisée notamment au sein de l'Union Européenne par la directive 76-207, et par la Convention d'Istanbul concernant le Conseil de l'Europe.

242. La surreprésentation des femmes parmi les victimes d'infractions pénales et la répression limitée de celles-ci démontrent de la pertinence et de la nécessité de mener une réflexion sur le développement d'une approche genrée du droit pénal.

Si en France la question de l'essor d'une protection pénale spécifique des femmes est particulièrement discutée tant en doctrine et par le législateur que par le gouvernement, un changement concret du droit peine à être mis en œuvre. En effet, en dépit de nombreuses réformes législatives et de l'existence d'infractions générales s'appliquant aux violences dont sont victimes les femmes, l'approche sexospécifique du droit se confine aujourd'hui à un esprit de la loi genré. Il n'est traduit au sein de la loi que par l'usage de circonstances aggravantes ou par la dépénalisation de certaines infractions concernant les femmes. S'il existe quelques droits spécifiques aux femmes (généralement liés à la grossesse), ils ne sont justifiés que dans le cadre d'une approche essentialiste des droits des femmes, c'est-à-dire par un impératif biologique. Aussi, en l'état du droit, aucune infraction sexospécifique n'est consacrée en France. Cette absence est justifiée par leur incompatibilité avec le principe d'égalité, véritable filtre à la création de nouvelles infractions.

243. Ce principe – pris dans une acception formelle en France contrairement à d'autres pays recherchant une égalité substantielle - tend à protéger le droit pénal de l'arbitraire, et prohibe de ce fait la création d'infractions qui instaureraient des différences de traitement

²⁷⁴ ONU, *Rapport 14 – 30 juillet 1980*

injustifiées entre les individus, en dépit de plusieurs assouplissements du principe admis par le Conseil Constitutionnel prenant en compte l'intérêt général ou les situations différentes, et d'une évolution législative faisant émerger une fragile égalité réelle. L'obstacle que constitue le principe au regard des infractions sexospécifiques paraît en l'état du droit insurmontable, sauf à envisager une révision constitutionnelle, notamment en ce qui concerne une infraction autonome de féminicide.

244. Toutefois, une adaptation du droit visant à améliorer la condition pénale de la femme n'en devient pas pour autant impossible. En effet, de nombreuses réformes sont envisageables, qu'elles passent par une simple modification du droit en vigueur, par la réécriture de certaines infractions comme une évolution de la définition du viol, une dépénalisation, par exemple de la prostitution, ou qu'elles instaurent de nouvelles infractions s'inscrivant dans la continuité du droit positif à l'instar des violences gynécologiques et obstétricales. Cette amélioration du droit pénal spécial relative à la victimation féminine ne doit pourtant pas être exclusive d'une adaptation de la procédure et du traitement pénal de la femme, qu'elle soit victime ou auteure d'infractions.

245. Sont à cet égard critiquées non seulement la partialité personnelle du juge - qui, si elle n'est pas volontaire est démontrée par les études réalisées par les Tribunaux Judiciaires - en matière de stéréotypes de genre, dévoyant la motivation de certains jugements par un examen subjectif du comportement et de la sexualité de la victime, et non celui des faits commis par l'auteur de l'infraction au regard des prescriptions légales, mais aussi une correctionnalisation judiciaire excessive de ces mêmes infractions, aggravant la victimation secondaire des femmes. Une vision féministe des jugements pourrait alors être développée dans le but de pallier ces inégalités devant la Justice.

246. Enfin, le traitement carcéral des femmes détenues doit être amélioré pour permettre une prise en compte spécialisée de celles-ci qui sont pour l'instant incarcérées en raison de leur faible nombre dans des prisons faites pour répondre à une criminalité masculine. De nouveaux lieux de privation de liberté ou du moins des quartiers pour femmes adaptés doivent être développés dans l'objectif d'améliorer la réinsertion des détenues en leur permettant de ne pas être déracinées et ainsi conserver notamment leur rôle de mère.

247. Le modèle espagnol de protection des femmes pourrait servir d'inspiration à la réforme française. Il présente en effet de nombreux avantages. Adopté dès 2004²⁷⁵, il offre en effet un recul appréciable sur l'efficacité des mesures mises en œuvre, qui ont permis d'améliorer significativement la prise en charge des violences conjugales dans le pays. Comprenant trois axes majeurs – prévenir les violences, protéger les victimes et condamner les agresseurs – la loi *Medidas de proteccion integral contra la violencia de género* a doté la Justice de moyens conséquents²⁷⁶ pour juguler ce contentieux. Par ailleurs l'adoption de tribunaux spéciaux et le développement d'une ordonnance de protection²⁷⁷ a permis à l'Espagne de devenir l'un des pays européens avec le plus faible taux de féminicides. Enfin, le développement de l'espace VioGen a permis à l'Espagne d'améliorer la protection des « femmes en grand danger », permettant de réduire le taux de féminicides en état de récidives de 75% à 20% en l'espace de 10 ans.

248. Un rapport de 2020 réalisé par l'Observatoire régional des violences faites aux femmes²⁷⁸ propose ainsi dix pistes d'amélioration du droit français en matière de violences conjugales s'inspirant du système espagnol, parmi lesquelles figurent l'adoption d'une loi cadre relative aux violences conjugales, l'augmentation du budget interministériel alloué à la protection des femmes ou la création d'un traitement spécialisé des violences conjugales par les juridictions françaises.

²⁷⁵ Op. Cit. Ley medidas de proteccion integral contra la violencia de género

²⁷⁶ ORVF, *Rapport sur les politiques publiques de lutte contre les violences conjugales en Espagne : regards croisés avec la France*, 2020 - En 2020 la Justice espagnole disposait en matière de lutte contre les violences conjugales d'un budget total de 748 millions d'euros, contre 360 millions d'euros en France (alors même que la population française est 30% plus nombreuse)

²⁷⁷ *Ibid*, en Espagne sur l'année 2019 28 682 ordonnances de protection ont été demandées, dont 70% ont abouti à une réponse positive, par rapport à 1670 en France dont seulement 60% ont reçu une réponse positive.

²⁷⁸ *Ibid*

Bibliographie

I- Ouvrages

- ARISTOTE, Ethique à Nicomaque, *Broché*, 11 février 2004
- CONDORCET, Cinq mémoires sur l’instruction publique, 1791
- DE GOUGES O., Déclaration des droits de la femme et de la citoyenne, *Les droits de la femme*, 1791, Paris
- DE BEAUVOIR S. Le deuxième sexe, *Poche*, 1976
- DE BEAUVOIR S., Manifeste des 343, *Le nouvel Observateur*, 1971, Paris
- ROUSSEAU, Du Contrat social, 1762
- DEVREUX Anne-Marie, CARDI Corinne, *Genre et droit*, 2014
- FAUGERON Cl, Femmes libérées sous condition, Gallica, 1979
- FOIS Giulia Je suis une sur deux, j’ai eu le bon viol, *Pocket*, 4 mars 2021
- KELSEN H, « Justice et droit naturel », Le droit naturel, annales philosophiques politiques vol III. 1959 p.51
- PARFAIT Derek « Equality of well-being », Equality and priority, 1997
- RAWLS, Théorie de la justice, *Seuil* 2009
- ROSTAING Corinne, Une institution dégradante, la prison, *Gallimard* 2021
- SEN, Repenser l’inégalité, *Seuil* 2000
- VIANO E., DRAPKIN I., Victimology a new focus – Rape : the victim and the Criminal Justice system, *Office of Justice programs* 1975
- WALKER Léonore, The battered woman, 1979
- WALKER Léonore, The battered woman syndrome, 1984
- WEMMER Jo-Ann, Introduction à la victimologie, la seconde victimisation et les besoins des victimes, *Presse universitaire de Montréal*, 2003

II- Thèses et Mémoires

- DECHENAUD David, *L’égalité en matière pénale*, Thèse de doctorat (sous la direction du Pr Patrick MAISTRE DU CHAMBON), Université de Grenoble 2007
- MOUREY Laura, *Le rôle du droit pénal dans la politique criminelle de lutte contre les discriminations*, Thèse de doctorat (sous la direction du Pr Chantal CUTAJAR), Université de Strasbourg 2012
- POULIN Monique, *Le droit à la légitime défense en situation de violences conjugales, un régime de tutelle pour les femmes*, Thèse de doctorat, Laval, 2000

- SWEENEY Morgan, *L'égalité en droit social au prisme de la diversité et du dialogue des juges*, Thèse de doctorat (sous la direction du Pr Antoine LYON-CAEN), Université de Nanterre, 2010

III- Articles de revue

- BADINTER Elisabeth, « Une femme a-t-elle le droit de disposer de son corps dès lors qu'elle a toute sa raison ? Je suis pour une GPA éthique, 8 mars 2013
- BARROIS DE SALIGNY Céline, Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, et la jurisprudence : PUF*, 1989, p. 108.
- BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, n° spécial 20 juillet- 20 août 1998, p 152
- CAFARELLI François, « La traduction juridique de la notion d'égalité réelle », *AJDA* 2018
- CROZON Pascale., *Rapport d'information de l'Assemblée nationale*, 17 février 2016
- DANTI-JUAN Michel, « Droit pénal, changement social et économie psychique : difficultés du questionnement et plausibilité de rapprochements », *Cliniques méditerranéennes* 83 2011
- DARLEY Mathilde, MAINSAINT Gwenaëlle, « Police du genre » Génèses, 2014
- DARSONVILLE A., « La légalisation de la correctionnalisation judiciaire », *Revue de droit pénal* 2007. Étude 4, n° 15.
- DE LAMY, « France », Chronique de droit pénal constitutionnel, *RSC* 2015 n°3 p705 et suiv
- DECIMA Olivier « Le révisionnisme et l'égalité devant la loi pénale » - Note sous arrêt, *La Semaine Juridique Edition Générale*, 29 Février 2016
- FLEURIOT Caroline, « Femmes battues : il ne faut pas créer un régime de légitime défense différée », *Dalloz actualités*, 24 février 2016
- FREDMAN Sandra, Substantive equality revisited, I-CON Debate, Oxford University press 2016
- FRIGON Sylvie, L'homicide conjugal au féminin d'hier à aujourd'hui, Montréal, *Éditions du remue-ménage*, 2003
- GARDERES N., Loi sur la pénalisation du client : une aberration juridique
- GAUTHIER Lola, « Le traitement pénal des femmes : reflet d'un ordre genré », *RSC* 2021
- HERZOG EVANS Martine, « Les gender studies », *AJ Pénal* 2010 p20
- LARRALDE Jean Manuel, « La Cour Européenne des droits de l'homme et la promotion des droits des femmes », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 2007
- LAVRIC Sabrina, MENABE Catherine, PELTIER-HENRY Mélodie, Enjeux et perspectives de la correctionnalisation judiciaire, *AJ Pénal* 2018 p188

- LE MARGUERESSE Catherine, « la disqualification pénale des violences sexuelles commises par des hommes à l'encontre des femmes » Genre et droit
- LOMBOIS Cl. « Passé un certain seuil d'excès la norme pénale a tendance à se reproduire, à essaimer par son énergie propre. Ce phénomène qui évoque le cancer doit être nommé autotrophie de la règle pénale, ce qui veut dire que la règle se nourrit d'elle-même », Droit pénal général, 2 août 2011
- LUCHAIRE François, « Un janus constitutionnel : l'égalité », Revue de Droit Public 1986
- MACKINNON Catharine, Feminism unmodified, 1987
- MALABAT Valérie, « Quand le droit pénal se perd entre égalité réelle et terrorisme éventuel », *Revue de droit pénitentiaire et de droit pénal*, juillet 2014, p623
- MAYAUD Y., « Commentaire sous arrêt de la Cour de cassation », Crim 7 avril 2009, *AJ Pénal*, 2009 p313
- MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, « Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Quelles perspectives pour la question prioritaire de constitutionnalité ? », *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, octobre 2010
- POTASZKIN Tatiana, « Sur le principe d'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Recueil Dalloz*, 2012, p.2910
- SCOTT Joan W, « Genre : une catégorie utile d'analyse historique », *Les cahiers du GRIF*, 1988, p.141
- TRICOIRE Agnès PERROUD Thomas Chronique, *Légipresse* 2019, 144
- VEDEL G., « L'égalité » in COLLIARD C.-A., La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : ses origines, sa pérennité, *La Documentation française, Actes du colloque du 6-8 mars 1989 tenu à Paris*, 1990, p. 172
- VIGNERON Sophie, *Juger ailleurs, juger autrement. Feminist judgments ou juger en féministe*, Cahiers de la Justice 2015, p235
- WATTIER Stéphanie « La reconnaissance juridique du féminicide : quels apports en matière de protection des femmes ? » *RTDH* avril 2019

IV- Mélanges et Colloques

- DA CUNHA Manuela, La saillance variable du genre dans le monde carcéral, in Colloque Genre et Monde carcéral, 2018
- Colloque du barreau de Paris 25 novembre 2019, « Violences conjugales, l'après Grenelle, temps de l'action », *Les Petites affiches*, décembre 2019
- *Feminist judgments in International Law*, Mélangé édité par Loveday HODSON et Troy LAVERS, 2019

- PERELMAN C., *Égalité et justice, conférence du 5 septembre 1976 : Institut international de philosophie politique de Nice*, p. 327.

V- Jurisprudences françaises

- Conseil Constitutionnel, *Taxation d'office*, du 27 décembre 1973 n°73-51 DC
- Conseil Constitutionnel, Décision DC 27 juillet 2006, 2006-540 DC
- Conseil Constitutionnel, du 18 mars 2009 n°2009-578 DC
- Conseil Constitutionnel Décision QPC du 31 juillet 2015 n° 2015-477
- Cass *Dubas* 25 juin 1857
- Cass Crim 27 mars 1996 n°95-82.016
- Cass Soc. 29 octobre 1996 *Ponsolle*, n°92-43.680
- Cass Crim. 17 janvier 2017 n°15-86.481
- Cass Crim. 10 janvier 2018, n°17-80.816
- Cass Crim. 9 janvier 2019, n°17-81.618
- Cass Crim. 26 février 2020, n°19-81.827
- Cass Crim 14 octobre 2020 n°20-83.273
- Cass Crim. 17 mars 2021, n°20-86.318, Avis de l'avocat général ZIENTARA-LOGEAY
- Cour d'assises d'Orléans 28 octobre 2014
- Cours d'assises de Blois 3 décembre 2015
- Tribunal pour enfants de Bobigny, 11 octobre 1972

VI- Jurisprudences européennes et internationales

- CJCE 8 octobre 1980 *Überschär*, n°C-810/79
- CJCE 26 février 1986, n°152/84
- CJCE 25 octobre 1988 *Commission contre France*, n°312/86
- CJCE 17 octobre 1995, *Kalanke* C-450/93
- CJCE, 28 mars 2000 *Badeck* C-158/97
- CEDH 29 avril 2002 *Pretty contre Royaume Uni*
- CEDH 4 décembre 2003 *M.C contre Bulgarie*
- CEDH 17 février 2005 *KA AD contre Belgique*
- CEDH 20 mars 2007, *Tylsiac contre Pologne*, n°5410/03
- CEDH 2 mars 2010 *Adamkiewicz*
- CEDH 2 mars 2017 *Talpis contre Italie*
- CIDH *Maria De Penha contre Brésil* 2001

- CIDH 24 novembre 2009 *Massacre Dos Erres contre Guatemala*
- Canada, Supreme Court *Lavallee* 3 mai 1990
- Canada, Supreme Court *Law vs Canada* 1999
- Afrique du Sud, Supreme Court, *Prinsloo vs Van Der Linde* 1997
- Royaume Uni, Cours d'appel *Re L, Re M, Re V, Re H (children) contact : domestic violence*, 21 juin 2000

VII- Textes législatifs, réglementaires et Textes internationaux

- Coutume de Beauvaisis, XIIIème siècle
- Coutume de Bruges, XIVème siècle

- Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, 26 août 1789
- Décision de l'Assemblée nationale relative au droit de vote des femmes, 22 décembre 1789
- Loi relative à la liberté de la presse, 29 juillet 1881
- Ordonnance accordant le droit de vote aux femmes, 21 avril 1944
- Loi Marthe Richard, 13 avril 1946
- Préambule de la Constitution de 1946, 27 octobre 1946
- Loi relative à la régulation des naissances dite Neuwirth, du 28 décembre 1967, 67-1176
- Décret n°804, 3 mai 1973
- Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse dite loi Veil, 17 janvier 1975, n°75-17
- Loi relative à la répression du viol et de certains attentats aux mœurs du 23 décembre 1980 n°80-1041
- Loi constitutionnelle relative à l'égalité entre les femmes et les hommes du 8 juillet 1999, n°99-569
- Sénat, Rapport n°209 du 31 janvier 2001
- Loi relative à l'autorité parentale du 4 mars 2002 n° 2002-305
- Loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, dite Perben II, du 9 mars 2004, n°2004-204
- Loi renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs du 4 avril 2006 n° 2006-399
- Loi constitutionnelle de modernisation des institutions de la Ve République du 23 juillet 2008 n° 2008-724
- Loi pénitentiaire du 24 novembre 2009, n°2009-1436
- Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté, 27 janvier 2011
- Loi Sauvadet du 12 mars 2012
- Loi Mariage pour tous, 17 mai 2013

- Projet de loi du Sénat du 3 juillet 2013 n°717
- 4^{ème} plan interministériel contre les violences faites aux femmes (2014-2016)
- Loi relative à l'égalité réelle entre les hommes et les femmes, 4 août 2014, 2014-873
- Loi relative au dialogue social et à l'emploi, 17 août 2015
- Projet de loi relative aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, 2016 n°3605
- Loi visant à renforcer la lutte contre le système prostitutionnel et à accompagner les personnes prostituées, 13 avril 2016 n°2016-444
- CNCDH, Avis sur les violences contre les femmes et les féminicides 26 mai 2016
- Loi relative à l'égalité et à la citoyenneté du 27 janvier 2017 n°2017-86
- Loi de programmation relative à l'égalité réelle en outre-mer n°2017-256
- Projet de loi bioéthique 2019
- Loi visant à protéger les victimes de violences conjugales, 30 juillet 2020 n°2020-936
- Loi visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste 21 avril 2021 n°2021-478
- Loi 2021-1017 relative à la bioéthique, 2 août 2021

- Convention européenne des droits de l'homme (Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme), 4 novembre 1950
- Directive 75/117 CEE du 10 février 1975
- Directive européenne du Conseil, 9 février 1976, 76/207CEE
- Directive 76/207 Egalité de traitement entre les hommes et les femmes du 9 février 1976
- Protocoles additionnels à la Convention européenne des droits de l'homme n°6 (1 mars 1986) et n°13 (3 mai 2002)
- Conseil de l'Europe Résolution du 4 octobre 2007 « prostitution, quelle solution adopter? »
- Conseil de l'Europe, Résolution 1579 de 2007
- Conseil de l'Europe, Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (dite convention d'Istanbul), adoptée le 7 avril 2011
- Résolution du Parlement européen « Le généricide : les femmes manquantes » du 8 octobre 2013

- Organisation des états américains, Convention interaméricaine sur la prévention, la sanction et l'élimination de la violence contre la femme (dite Convention Belem do Para), 9 juin 1944
- Assemblée générale de l'ONU, Déclaration sur l'élimination de la violence à l'égard des femmes, 20 décembre 1993
- Convention on the elimination of all forms of discrimination against women

- Espagne Ley medidas de proteccion integral contra la violencia de género 28 décembre 2004 1/2004
- Venezuela, Ley sobre la violencia entre la mujer y la familia, mars 2017

VIII- Codes

- Code Pénal
- Code de Procédure Pénale
- Code Civil napoléonien
- Code du Travail,
- Code Civil
- Code de la Santé Publique
- Code Pénal Italien
- Code Criminel canadien

IX- Rapports, Etudes, Travaux

- RIVERO J. Rapport sur les notions d'égalité et de discrimination en droit public français, Travaux de l'association Henri Capitant 1965
- ONU, *Rapport* 14 - 30 juillet 1980
- LASSERRE KIESO Valérie, Philosophie du droit, *L'égalité*, Etude, La Semaine Juridique Edition Générale n° 23, 7 Juin 2010
- Ministère des familles, de l'enfance et des droits des femmes, *Les chiffres clés de la prostitution*, 2010-2011
- Ministère des familles, de l'enfance et des droits des femmes, « *Chiffre-clés 2010 : l'égalité entre les femmes et les hommes*, mars 2011
- Assemblée nationale, *Avis sur les violences contre les femmes et les féminicides*, 7 juin 2016, Légifrance
- INSEE, *Etude relative à l'inégalité salariale*, 2017
- CROMER Sylvie, DARSONVILLE Audrey et autres, *Les viols dans la chaîne pénale : étude lilloise*, Rapport de recherches 2017, HAL
- Dossier : le traitement pénal des viols, AJ Pénal 2017-255
- Haute Autorité de Santé, *Evaluation des bénéfices et risques de l'expression abdominale*, janvier 2017
- Haut Conseil à l'égalité, *Rapport n°2018-06-26 « les actes sexistes durant le suivi gynécologique et obstétrical »*, 2018
- IFOP, *Enquête sur les violences sexuelles*, 23 février 2018
- Questionnaire européen relatif à la PMA 15 novembre 2018

- CCNE, Rapport de synthèse, juin 2018
- ONDRP, *Enquête « cadre de vie et sécurité »*, décembre 2018
- Médecins sans frontières, *Que pensent les travailleurs du sexe de la loi prostitution ? Enquête sur l'impact de la loi du 13 avril 2016 contre le « système prostitutionnel décembre 2019*
- Ministère de l'intérieur, *Info-rapide*, novembre 2019
- ORVF, Rapport Les politiques publiques de lutte contre les violences conjugales en Espagne: regards croisés avec la France, 2020

X- Dictionnaires et encyclopédies

- « Compétence », Dalloz, n° 122 ; G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2013, p. 273
- « Correctionnalisation » *Lexique des termes juridiques*, Dalloz 2018 p323
- « Féminicide », in Robert, 2015
- « Intérêt général », in CORNU G. association Henri Capitan, *Vocabulaire juridique*, 13^{ème} édition, 2020

XI- Jurisclasseurs, Encyclopédies juridiques et Répertoires

- CERE J-P., GREGOIRE L., « Peine : nature et prononcé », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2020

XII- Sites internet

- Site du REGINE : www.regine.u-paris10.fr
- [Site Lawyer for Women France :_www.lawyers4women.com](http://www.lawyers4women.com)

Annexes :

Tableaux récapitulatifs de l'étude lilloise sur le viol, *Réalisés par nos soins*

D'après « *Les viols dans la chaîne pénale* », CROMER Sylvie, DARSONVILLE Audrey et autres, HAL 2017

Annexe n°1 :

- Tableau relatif aux auteurs (au moment de la commission des faits)

	Viols non jugés 150 dossiers soit 181 auteurs dont 120 connus. (Classements sans suite (*))	Viols correctionnalisés 13 dossiers pour 13 auteurs. (Condamnations pour agression sexuelle ou atteinte sexuelle)	Viols devant les assises 6 dossiers pour 7 auteurs.
Sexe masculin	100%	100%	100%
Age	50% ont moins de 35 ans	De 22 à 69 ans	De 22 à 50 ans
Lien avec la victime	50% conjoints ou ex-conjoints	50% conjoints ou ex-conjoints	50% sont des inconnus, 1 seul conjoint
Situation sociale	75% sont défavorisés ou modestes	5 travailleurs, 5 chômeurs et une personne en situation irrégulière	Intégrés socialement, travaillent, mais 1 seul a un travail déclaré
Situation familiale	En couple ou ex-conjoints	Couple ou ex-couple, voisins ou connaissances	En couple, mariés et avec des enfants (mais pas avec la victime)
Santé mentale	N.R**	5 sont atteints de troubles dépressifs, alcooliques et 1 invalide	5/7 sont atteints de troubles mentaux
Antécédents de violences conjugales	N.R	Au moins 4/13 /!\ pour certains dossiers N.R	4 ont déjà été condamné pour violences sexuelles 1 seul viol conjugal

* Les cas d'ordonnance de non-lieu ne sont pas renseignés car leur nombre trop faible (1 dossier) ne permettait pas de statistiques fiables

** N.R : non renseigné lors de l'enquête

Annexe n°2

- Tableau relatif aux victimes majeures :

	Viols non jugés 150 dossiers soit 153 victimes	Viols correctionnalisés 13 dossiers soit 13 victimes	Viols jugés devant les assises 6 dossiers soit 6 victimes
Sexe féminin	95%	100%	100%
Age	De 18 à 50 ans, 40 % ont entre 18 et 25 ans	Majoritairement entre 26 et 40 ans	De 21 à 64 ans, majoritairement moins de 30 ans
Situation sociale	Majoritairement étudiants, sans emplois ou ouvriers. /!\ N.R dans certains dossiers	N.R	50% inconnus, aucune ne vit en concubinage
Situation familiale	N.R	N.R	1 situation d'inceste
Vulnérabilité particulière	Plus de 50% (problème psychologique dans 20 dossiers, problème physique 11 dossiers, dépendance à l'alcool ou aux stupéfiants 21 dossiers)	31% (schizophrénie, alcool ou drogue)	100% sont vulnérables indépendamment du moment du viol (curatelle, troubles mentaux, femme sans domicile fixe...)
Victime de violences sexuelles antérieures	21%, dont 10 par le même auteur	N.R	35%
Circonstances du dépôt de plainte	77% ont porté plainte seules	En grande majorité juste après les faits, 1 avec l'aide d'une association de victimes	85% dénoncent les faits immédiatement après leur commission. 1 seule victime est seule lors de son dépôt de plainte.

Annexe 3 :

Traduction de la formule récurrente utilisée par la Cour Suprême du Canada :

Réalisé par nos soins

« Au regard de tous les facteurs pertinents, la mesure contestée perpétue les désavantages et les stéréotypes du groupe auquel appartiennent les plaignants ».

Annexe 4 :

Traduction CEDAW 18 septembre 1979

Réalisé par nos soins

« L'égalité substantielle requiert que cette égalité soit interprétée au prisme du contexte global, des réalités des inégalités que subissent les femmes et de l'impact circonstancié de ceux-ci en termes d'éliminations de ces discriminations, par résultat ou conséquence.

Il s'agit d'une vision offrant à la femme la possibilité de bénéficier pleinement des libertés et droits fondamentaux, la plaçant sur un pied d'égalité avec les hommes.

Le concept d'égalité substantielle est particulièrement intéressant au regard des discriminations genrées ou basées sur le sexe. L'examen de lois formelles et neutres, les politiques pénales et programmes traitant les femmes et les hommes de manière identique doivent être réévalués afin de déterminer si elles concourent à l'accomplissement de l'égalité entre les sexes de façon pratique et permettent d'éliminer toute inégalité envers les femmes ».

Table des matières

Sommaire	5
Introduction :	7
PARTIE 1 : La protection pénale des femmes : une réforme nécessaire aux possibilités limitées	17
TITRE 1 : Le constat d'une approche sexospécifique minimale en droit français	19
Chapitre 1 : Une approche genrée minimale en droit français	19
<i>Section 1 : Le caractère systémique des violences de genre</i>	19
<i>Section 2 : Le nécessaire développement d'une approche sexospécifique</i>	21
<i>Section 3 : Une frénésie politique sans traduction législative</i>	22
<i>Section 4 : Une autotrophie de la norme pénale traduite par un esprit de la loi genré</i> ..	23
Chapitre 2 : Le constat de l'absence d'infraction sexospécifique en droit pénal	27
<i>Section 1 : Un essor nuancé du droit des femmes</i>	27
§1 : <i>La dépénalisation de l'avortement</i>	27
§2 : <i>La liberté de disposer de son corps justifiée par la liberté d'expression : les femens</i>	29
<i>Section 2 : L'insuffisance des infractions existantes s'appliquant aux violences faites aux femmes</i>	31
<i>Section 3 : L'impératif biologique, unique justification de la protection sexospécifique des femmes</i>	33
TITRE 2 : L'établissement d'une approche sexospécifique contrainte par le principe d'égalité	35
Chapitre 1 : Le développement d'une approche sexospécifique paralysé par une vision formelle de l'égalité	37
<i>Section 1 : Une égalité formelle de principe, obstacle à une vision sexospécifique des infractions</i>	37
§1 : <i>La consécration d'une vision formelle de l'égalité</i>	37
§2 : <i>Une égalité formelle s'opposant à l'adoption d'infractions sexospécifiques</i>	38
<i>Section 2 : Une modification genrée du droit impossible malgré les exceptions constitutionnelles</i>	39
§1 : <i>Un traitement différent justifié pour des situations différentes</i>	40
§2 : <i>Un traitement différent justifié au regard de l'intérêt général</i>	41
Chapitre 2 : Le développement potentiel d'une approche sexospécifique par une égalité réelle	43
<i>Section 1 : Le développement de visions alternatives du principe d'égalité</i>	43
§1 : <i>Une influence européenne : les discriminations positives</i>	43
§2 : <i>Une influence anglo-saxonne : l'égalité substantielle</i>	44
<i>Section 2 : L'essor fragile d'une égalité réelle en France</i>	46
Conclusion de la partie 1	50

PARTIE 2 : La protection pénale des femmes : une proposition de réforme.....	51
TITRE 1 : L'essor d'une protection sexospécifique par une transformation des infractions	51
Chapitre 1 : Une protection sexospécifique minimaliste par la modification d'infractions non genrées.....	53
<i>Section 1 : Une protection sexospécifique issue de la dépénalisation d'infractions</i>	<i>53</i>
§1 : <i>La dépénalisation effective de la prostitution.....</i>	<i>53</i>
§2 : <i>La dépénalisation de la gestation pour autrui.....</i>	<i>58</i>
<i>Section 2 : Une protection sexospécifique issue de l'amélioration d'infractions existantes</i>	<i>62</i>
§1 : <i>Une nécessaire évolution de la définition du viol.....</i>	<i>62</i>
§2 : <i>L'impact de la définition du viol sur les jugements.....</i>	<i>63</i>
§3 : <i>Une inéluctable réforme du consentement.....</i>	<i>65</i>
Chapitre 2 : Une protection sexospécifique maximale par la création d'infractions genrées	67
<i>Section 1 : La création d'une infraction de violences obstétricales, continuité du droit positif.....</i>	<i>67</i>
<i>Section 2 : L'adoption d'une infraction autonome de féminicide contestée</i>	<i>69</i>
§1 : <i>Une définition du féminicide.....</i>	<i>69</i>
§2 : <i>Une reconnaissance internationale et européenne du féminicide.....</i>	<i>70</i>
§3 : <i>Une infraction autonome débattue en France.....</i>	<i>72</i>
<i>Section 3 : L'adoption des faits justificatifs à la protection des femmes : le syndrome de la femme battue</i>	<i>74</i>
TITRE 2 : Le développement d'une protection sexospécifique dans le traitement pénal des femmes	77
Chapitre 1 : L'adoption d'une vision féministe des jugements.....	79
<i>Section 1 : Une lecture féministe des jugements initiée par la doctrine</i>	<i>79</i>
§1 : <i>L'essor des Feminist judgments project.....</i>	<i>79</i>
§2 : <i>Un jugement à l'épreuve de la relecture féministe.....</i>	<i>81</i>
<i>Section 2 : Les jugements féministes, réponse à la partialité du juge pénal.....</i>	<i>82</i>
Chapitre 2 : L'adoption d'un traitement non genré des femmes	85
<i>Section 1 : La correctionnalisation judiciaire, cause de victimation secondaire</i>	<i>85</i>

§1: Une définition de la correctionnalisation judiciaire.....	86
§2 : Le cas emblématique de la correctionnalisation du viol.....	87
Section 2 : Un milieu carcéral inadapté aux femmes auteures d'infractions	89
Conclusion de la partie 2	92
Conclusion générale	95
Bibliographie.....	98
Annexes	106



Collection des mémoires de l'IFR
Copyright et diffusion 2021

© IFR

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole
2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISSN : 2557-4779

Réalisation de la couverture :
www.corep.fr