

CHRONIQUE DROIT PENAL

Mars 2016

La chronique inaugurale en droit pénal allemand dans la Revue de droit allemand couvre une période plus longue que habituellement, en mettant en relief certains débats des dernières années qui pourraient intéresser le juriste français. La partie de droit pénal général met en lumière l'évolution jurisprudentielle récente de la légitime défense. La partie de droit pénal spécial est consacrée à trois propositions de réformes concernant respectivement le dispositif de l'homicide volontaire, la légalisation du cannabis et la disposition sur le viol.

The inaugural column about German Criminal Law in the Revue de droit allemand is covering a longer period than usual by highlighting some recent debates, which could be of some interest for french lawyers. The main subject concerning the general part of the German Criminal Code is the jurisprudential evolution on self-defence. The special part treats three reform projects largely discussed in German doctrine concerning homicide, the legalisation of marihuana and the penal provision on rape.

Droit pénal général

A. La légitime défense: un regard sur la jurisprudence récente

Jenny HERRMANN, Docteur en Droit pénal et sciences criminelles, Université de Strasbourg

La légitime défense (*Notwehr*) fait partie des faits justificatifs (*Rechtfertigungsgründe*) qui peuvent être invoqués par la personne poursuivie afin de se voir exonérer de sa responsabilité pénale lorsqu'elle a commis un acte incriminé pour défendre ses biens juridiques (*Rechtsgüter*) ou ceux d'un tiers contre une atteinte illégale. Au-delà de la défense d'intérêts particuliers, ce fait justificatif peut être considéré comme participant du maintien de l'ordre juridique collectif¹. Avant de s'intéresser à l'actualité au sujet de la légitime défense, quelques rappels d'ordre général s'imposent.

Le § 32 du code pénal allemand (*Strafgesetzbuch* ou *StGB*) prévoit que celui qui commet une infraction en état de légitime défense n'agit pas de manière illégale. Le second alinéa de ce texte précise qu'il s'agit d'un acte qui est nécessaire pour défendre soi-même ou autrui contre une agression illégale et actuelle. Le caractère nécessaire de la riposte implique de choisir, entre plusieurs moyens adéquats à disposition, le moyen le plus doux possible². S'il n'est pas exclu que la riposte puisse dans certaines circonstances consister en un homicide de l'agresseur³, cette hypothèse devrait toutefois être réservée à des cas de figure exceptionnels⁴. Bien que la disposition légale ne comprenne pas d'interdiction générale d'un homicide pour défendre un bien, contrairement au droit français (article 122-5, al. 2 Code pénal), il ne doit pas y avoir de disproportion manifeste entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte⁵. Précisons d'ailleurs que l'article 2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit une exception au droit à la vie en cas d'homicide « *pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale* » ne prévoit point une telle exception à propos de la défense des biens.

Si l'acte de défense doit en principe être volontaire, la légitime défense est

¹ En ce sens, W. PERRON, in : A. SCHÖNKE/ H. SCHRÖDER (dir.), *Strafgesetzbuch*, 2014, « StGB §

² BGH, 21 mars 1996, 5 StR 432/95, BGHSt 42, 97 (100); BGH, 19 décembre 2013, 4 StR 347/13, *NSStZ* 2014, p. 147 (148).

³ V. p. ex. BGH, 7 juin 1983, 4 StR 703/82, *NJW* 1983, p. 2267 ; *JuS* 1984, p. 340, note M. BERZ ; *JR* 1984, p. 206, note Th. LENCKNER.

⁴ W. PERRON, in : A. SCHÖNKE/ H. SCHRÖDER (dir.), *Strafgesetzbuch*, 2014, « StGB § 32 Notwehr », n° 39.

⁵ V. p. ex. BGH, 23 septembre 1975, VI ZR 232/73 (KG), *NJW* 1976, p. 41.

également admise en cas de réalisation d'une infraction non-intentionnelle dans le cadre d'une riposte objectivement nécessaire bien que celle-ci eut pu être évitée par un comportement diligent⁶. Cette solution est contraire à celle classiquement retenue par la jurisprudence française⁷ qui au demeurant est très critiquable.

Plusieurs arrêts récents de la Cour fédérale de justice ou des tribunaux régionaux supérieurs sont venus apporter des précisions utiles à l'application de ce fait justificatif.

I. LÉGITIME DÉFENSE ET PROVOCATION PRÉALABLE

Le premier arrêt qui retient notre attention est celui du 25 mars 2014⁸, s'inscrivant dans la continuité d'une solution classiquement admise par la doctrine selon laquelle il ne peut pas y avoir de légitime défense en cas de provocation préalable de l'agresseur dans le but de créer la situation de légitime défense⁹. Cela vaut également dans certaines circonstances, sans provocation intentionnelle de la part de l'agent, lorsque celui-ci est responsable de l'agression du fait de son propre agissement fautif¹⁰. Dans cet arrêt, la Cour fédérale de justice rappelle que celui qui, par son comportement fautif, provoque une agression sur lui-même, même de manière non intentionnelle, ne peut pas invoquer la légitime défense pour justifier l'usage immédiat d'un moyen de défense mettant la vie de son agresseur en danger. Avant d'avoir recours à une arme mortelle, il doit au contraire tenter d'éviter l'agression ou employer des moyens de défense moins attentatoires, en ayant le cas échéant recours à l'aide d'un tiers. Contre un agresseur non armé, l'emploi d'une arme mortelle n'est justifié que dans des circonstances exceptionnelles et en dernier recours.

En l'espèce, il s'agissait d'une altercation entre deux cousins, l'auteur des faits ayant eu recours à un couteau pour repousser son adversaire qui le frappait au visage. Il a enfoncé le couteau dans le torse de la victime sans l'avertir au préalable, causant ainsi sa mort. Les juges ont refusé d'admettre qu'il a agi en état de légitime défense pour plusieurs raisons. En premier lieu, il aurait dû viser une partie moins vulnérable du corps de l'agresseur. En deuxième lieu, l'agent avait contribué à provoquer la situation en frappant son cousin en premier. En troisième et dernier lieu, l'emploi d'une arme mortelle pour se défendre contre des violences légères, de surcroît causées par une personne adolescente et proche de l'auteur, n'est pas une

⁶ BGH, 21 mars 2001, 1 StR 48/01 ; *NJW* 2001, p. 3200 (en l'espèce, l'agent a voulu interrompre une agression sur sa compagne en menaçant l'agresseur d'une arme qu'il croyait non chargée, puis un coup est accidentellement parti et a tué ce dernier).

⁷ V. Cass. crim., 16 février 1967, Cousinet, *JCP* 1967.II.15034, note R. COMBALDIEU ; Cass. crim., 5 juin 1984 et 9 juillet 1984, *D.* 1986.IR. obs. Roujou de Boubée.

⁸ BGH, 25 mars 2014, 1 StR 630/13, *NSiZ* 2014, p. 451. Cet arrêt vient confirmer un arrêt plus ancien : BGH, 30 mai 1996, 4 StR 109/96, *NSiZ-RR* 1997, p. 65.

⁹ V. W. PERRON, in : A. SCHÖNKE/ H. SCHRÖDER (dir.), *Strafgesetzbuch*, 2014, « StGB § 32 Notwehr », n° 54 s.

¹⁰ *Ibid.*, n° 58 s. Pour un exemple, v. BGH, 22 novembre 2000, 3 StR 331/00 ; *NJW* 2001, p. 1075.

défense proportionnée à l'attaque¹¹.

Une autre question soulevée par cet arrêt concernait l'hypothèse de l'« excès de légitime défense » (*Überschreitung der Notwehr*), prévue par le § 33 du code pénal allemand. Selon ce texte, l'acte qui dépasse le cadre de la légitime défense en raison de la confusion, de la crainte ou de la terreur n'est pas punissable. Il en va ainsi lorsque l'auteur se trouve dans un état psychologique exceptionnel en raison d'un sentiment de peur qui le perturbe à un tel degré que sa capacité à évaluer les événements s'en trouve fortement réduite¹². Or cette justification ne trouve, selon les juges, pas à s'appliquer en l'espèce. En effet, bien que l'auteur ait pu être fortement affecté par les événements, il était encore capable d'évaluer la situation.

Un arrêt de la Cour fédérale de justice du 2 juillet 2015¹³ est, lui aussi, relatif à la limitation du droit à la légitime défense en cas d'agression provoquée. Cette espèce a été l'occasion de rappeler que celui qui par son comportement fautif provoque une agression laquelle constitue une conséquence adéquate et prévisible de son agissement doit tenter d'éviter cette dernière. Il ne peut avoir recours à un moyen de défense attentatoire à la vie qu'après avoir épuisé tous les autres moyens possibles qui se sont avérés inefficaces¹⁴. Cela vaut également en cas de comportement antérieur contraire aux règles socio-éthiques, lorsqu'il existe un lien de causalité étroit entre celui-ci et l'agression illégale dès lors que l'auteur du comportement a eu conscience que son comportement était susceptible de provoquer l'agression dont il fera l'objet¹⁵.

II. LA PROPORTIONNALITE DE LA RIPOSTE

La troisième espèce est un arrêt du 1^{er} juillet 2014¹⁶ qui concerne la question de savoir dans quelle mesure l'agent doit opter pour un moyen plus doux pour se défendre. Il est de jurisprudence constante que la proportionnalité des moyens employés à la gravité de l'agression doit être appréciée au cas par cas et de manière objective, en se positionnant au moment de l'action¹⁷. Ainsi, la personne agressée ne doit se contenter de moyens moins graves que lorsque leur efficacité ne fait pas de doute et si l'intéressé dispose du temps nécessaire pour évaluer la situation. L'utilisation immédiate d'une arme mettant en danger la vie de l'agresseur peut le cas échéant être justifiée. Néanmoins, face à un agresseur non armé, l'emploi d'un couteau non encore mis en évidence doit au préalable être annoncé¹⁸. C'est

¹¹ En ce sens, également BGH, 25 septembre 1974, 3 StR 159/74, *NJW* 1975, p. 62 s.

¹² BGH, 30 mai 1996, 4 StR 109/96, *NSiZ-RR* 1997, p. 65.

¹³ BGH, 2 juillet 2015, 4 StR 509/14, *NSiZ-RR* 2015, p. 303. V. également en ce sens, BGH, 21 mars 1996, 5 StR 432/95, *NSiZ* 1996, p. 380 ; BGH, 15 mai 1975, 4 StR 71/75, *NJW* 1975, 1423.

¹⁴ BGH, 15 mai 1975, 4 StR 71/75, *BGHSt* 26, 143 (145).

¹⁵ BGH, 21 mars 1996, 5 StR 432/95, *BGHSt* 42, 97 (100).

¹⁶ BGH, 1^{er} juillet 2014, 5 StR 134/14; *NSiZ* 2015, p. 151; *JR* 2015, p. 546, note W. HINZ; *JuS* 2015, p. 465, note J. EISELE.

¹⁷ BGH, 27 septembre 2012, 4 StR 197/12, *NSiZ-RR* 2013, p. 139 (140); BGH, 21 novembre 2012, 2 StR 311/12, *NSiZ-RR* 2013, p. 105 (106); BGH, 21 août 2013, 1 StR 449/13, *NJW* 2014, p. 1121 (1122).

¹⁸ BGH, 27 septembre 2012, 4 StR 197/12, *NSiZ-RR* 2013, p. 139 (140); BGH, 19 décembre 2013, 4 StR

cette dernière hypothèse qui a donné lieu à l'arrêt évoqué.

En l'espèce, il s'agissait de deux individus alcooliques qui se connaissaient. Le jour des faits, un premier conflit avait déjà eu lieu entre ces derniers, l'agent ayant réussi à repousser l'agresseur en le menaçant d'un marteau. Lors d'une seconde rencontre, l'agresseur fortement alcoolisé a tenté, en trébuchant, de frapper l'auteur qui a pu éviter le coup de poing. Lors d'une nouvelle tentative, l'auteur a immédiatement sorti un couteau de sa poche et l'a enfoncé dans la poitrine de son adversaire. Celui-ci décédera des suites de ses blessures.

Le tribunal régional a refusé d'admettre que ces faits soient justifiés par la légitime défense, ce que la Cour fédérale de justice a approuvé dans la mesure où l'acte de défense n'était pas nécessaire. En effet, l'intéressé aurait aisément pu éviter le coup de poing, compte tenu notamment de l'état fortement alcoolisé de l'agresseur. De plus, des moyens plus doux étaient à sa disposition : l'emploi du couteau aurait à tout le moins dû être annoncé au préalable, d'autant plus que la simple menace avec un marteau avait suffi, plus tôt dans la journée, à repousser l'agresseur. À supposer que le recours au couteau s'était avéré indispensable, l'auteur aurait pu viser une zone moins sensible du corps en évitant ainsi de causer la mort de son agresseur. Enfin, l'auteur avait contribué à provoquer la situation ayant conduit aux violences et a préféré affronter son agresseur au lieu de s'en aller, alors que cette possibilité lui était offerte par les circonstances de l'espèce.

III. LÉGITIME DÉFENSE CONTRE UN ACTE DE PUISSANCE PUBLIQUE ILLÉGITIME

La quatrième espèce, ayant donné lieu à un arrêt du 9 juin 2015¹⁹, est relative à la délicate question de savoir si l'infraction commise pour se défendre contre un acte de puissance publique illégitime peut être couverte par la légitime défense. En l'espèce, il s'agissait d'un individu iraquien immigré en Allemagne en 2002 et dont la demande d'asile avait été rejetée en 2005. Il a ensuite fait l'objet d'un arrêté d'expulsion qui devait prendre effet le 4 février 2014, mais l'administration lui a accordé le 13 janvier 2014 un délai de tolérance jusqu'au 14 avril 2014. Or, une semaine plus tard, l'administration a donné l'ordre à la direction de police compétente d'amener l'intéressé le 4 février 2014 à l'aéroport de Francfort afin de procéder à son expulsion, en indiquant que ce dernier avait été avisé de cette décision. Lorsque les officiers de police se sont présentés à son domicile, l'intéressé leur a montré son autorisation de tolérance et a menacé de se suicider, avant de se débattre physiquement contre son arrestation en tentant de donner des coups de couteau à l'un des policiers. Cet acte a conduit à sa condamnation pour tentative de meurtre. Le problème tient ici au fait de savoir si l'individu s'est défendu contre une attaque illégitime. Si l'action des policiers était bien contraire à la tolérance expressément accordée par l'administration, ces derniers ont pu croire en la

347/13, *NSiZ* 2014, p. 147 (148 s.); BGH, 25 mars 2014, 1 StR 630/13; BGH, 11 août 2010, 1 StR 351/10, *NSiZ-RR* 2011, p. 238; BGH, 21 novembre 2012, 2 StR 311/12, *NSiZ-RR* 2013, p. 105 (106).

¹⁹ BGH, 9 juin 2015, 1 StR 606/14, *jurisPR-StrafR* 21/2015, Anm. 2, note K.-H. GROB.

légitimité de leur intervention en raison de l'ordre reçu par cette même administration.

C'est ce qu'a décidé la Cour fédérale de justice en jugeant que leur action n'était pas illégitime et ne constituait donc pas une agression illégale au sens du § 32, al. 2 du code pénal. Les juges ont estimé que la légalité des actes de puissance publique ne devait pas être appréciée au regard du droit administratif, mais dépendait uniquement du fait de savoir si l'agent était matériellement et territorialement compétent et s'il a respecté les prescriptions formelles. Dès lors, son agissement n'est illégal que s'il résulte d'une erreur fautive de sa part, s'il exerce ses fonctions de manière arbitraire ou abusive, ou si l'acte administratif en vertu duquel il agit est nul. La Cour a ajouté que les personnes concernées ne sont jamais dépourvues de droits dans la mesure où elles peuvent intenter, après-coup, une action en constatation visant à contester la régularité de l'acte administratif. En définitive, le droit de la légitime défense doit être interprété de manière stricte face aux agissements des autorités publiques, entre autres pour assurer la stabilité de l'ordre public.

Cette jurisprudence revient donc à imposer aux justiciables de tolérer les actes de puissance publique contraires à leurs droits et de se contenter de contester *a posteriori* leur régularité ; une résistance instantanée et punissable ne saurait en tout état de cause pas être justifiée comme relevant de la légitime défense.

IV. LÉGITIME DÉFENSE ET DROIT D'ARRESTATION AU PROFIT DE TOUT CITOYEN

En dernier lieu, un arrêt du tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*) de Celle du 26 novembre 2014²⁰ mérite d'être mentionné. Il concerne le rapport entre le droit d'arrestation dont dispose tout citoyen et la légitime défense. De manière comparable au droit français (art. 73 du Code de procédure pénale), le droit allemand permet à toute personne d'arrêter l'auteur d'une infraction trouvé en flagrant délit lorsque ce dernier risque de s'enfuir ou lorsque son identité ne peut être vérifiée (§ 127, al. 1 *Strafprozessordnung*). Il existe une controverse sur le fait de savoir si ce droit d'arrestation suppose une infraction effectivement perpétrée²¹ ou s'il est suffisant que les circonstances extérieures laissent conclure, au-delà de tout doute raisonnable, à l'existence d'une infraction²². Cet arrêt, sans se positionner clairement sur la question, a été l'occasion de rappeler qu'il fallait au moins des soupçons sérieux qu'une infraction était en train d'être commise.

Mais les juges ont surtout été confrontés à la problématique d'un droit à la

²⁰ OLG Celle, 26 novembre 2014, 32 Ss 176/14, *JuS* 2015, p. 565, note M. JAHN.

²¹ En ce sens, KG Berlin, VRS 45, 35; OLG Hamm, 1^{er} août 1972, 3 Ss 224/72, *NJW* 1972, p. 1826; OLG Hamm, 24 novembre 1976, 4 Ss 263/76, *NJW* 1977, p. 590 (591).

²² En ce sens, BGH, 18 novembre 1980, VI ZR 151/78, *NJW* 1981, p. 745 s.; BayObLG, 30 mai 1986, RReg. 5 St 43/86, *MDR* 1986, p. 956 s.; OLG Zweibrücken, 13 mars 1981, 1 Ss 35/80, *NJW* 1981, p. 2016; OLG Hamm, 8 janvier 1998, 2 Ss 1526/97, *NSiZ* 1998, p. 370.

légitime défense au profit de celui qui se fait arrêter par un concitoyen à tort. En l'espèce, une cliente d'un supermarché soupçonnait un homme qui se trouvait devant celui-ci d'être le complice d'un vol qui venait d'être commis par un autre individu ayant pris la fuite. Alors qu'elle appréhendait l'auteur présumé en le retenant par la force, ce dernier s'est défendu afin de se défaire de l'arrestation et a donné plusieurs coups légers à la femme. Les juges ont estimé que cette atteinte physique a été justifiée par la légitime défense dans la mesure où l'appréhension de l'individu n'avait pas reposé sur des soupçons sérieux que celui-ci avait commis une infraction. Il est d'ailleurs souligné que la riposte n'a pas été disproportionnée puisque l'individu a eu recours à un acte de défense nécessaire et modéré pour se libérer, en essayant dans un premier temps d'arrêter l'action par la parole, puis en repoussant la dame, avant de finir par se défendre en donnant des coups légers en raison de la persistance de l'attaque illégitime.

À l'inverse, dans une autre espèce ayant donné lieu à un arrêt du tribunal régional supérieur de Hamm du 8 mai 2015²³, le coup porté au visage d'un individu ayant arrêté une autre personne à tort n'a pas été jugé comme constituant un acte de défense nécessaire. En l'espèce, la croyance erronée mais raisonnable en la commission d'un délit flagrant avait amené le prévenu à empêcher l'auteur présumé de monter dans sa voiture pour prévenir sa fuite en attendant l'arrivée de la police. Ayant reçu un coup au visage par ce dernier, sa riposte consistant à frapper à son tour l'agresseur au visage est intervenue en état de légitime défense.

²³ OLG Hamm, 8 mai 2015, I-9 U 103/14, 9 U 103/14, *juris*.

Droit pénal spécial

A. Le dispositif légal sur l'homicide volontaire (Tötungsdelikte): un chantier de réforme éternel?

Milosz MATUSCHEK, enseignant-chercheur à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et lecteur du DAAD

„Tu ne tueras pas“ – aussi compréhensible et laconique que cette règle biblique de portée quasi-universelle puisse sembler, aussi compliquée s'avère sa mise en œuvre en droit pénal allemand. Les critiques ne sont soulevées qu'autour de cas particuliers et naturellement compliqués tels que l'euthanasie, le suicide assisté ou le phénomène de l'assassinat par honneur (*Ehrenmord*), mais concernent le dispositif de l'homicide volontaire dans son ensemble²⁴. Le besoin de réforme des dispositions pénales sur le meurtre et l'assassinat (§ 211 à 216 StGB) est devenu presque une évidence pour la plupart des pénalistes allemands. Or, le „comment“ fait l'objet d'un vif débat, qui occupe les pénalistes et le législateur depuis presque 50 années. Une initiative récente du ministère fédéral de la justice a relancé le débat en mettant en place une commission d'experts composée de professeurs, avocats pénalistes et juges, chargée de l'élaboration d'un projet de loi. Cette commission a remis en juin dernier son rapport final²⁵. S'annonce dès lors la plus grande réforme du dispositif de l'homicide volontaire depuis le débat sur l'TVG en Allemagne²⁶. Est-ce que cette tentative va finalement aboutir à une réforme ou est-ce que toute démarche ne ressemblera à la fin qu'à une „tentative inachevée et échouée“?

Le point de discordance principal est la distinction et la relation entre le meurtre (*Totschlag*) dans le paragraphe 212 StGB et l'assassinat (*Mord*) dans le paragraphe 211 StGB. À titre complémentaire, le paragraphe 213 prévoit des circonstances atténuantes du meurtre (*Totschlag im minder schweren Fall*) et le paragraphe 216 concerne le meurtre sur la demande de la victime (*Tötung auf Verlangen*). Le meurtre « classique » pénalise le fait de donner volontairement la mort à autrui, qui est sanctionné d'une peine privative de liberté d'au moins 5 ans. Le paragraphe 211 StGB (« assassinat ») qualifie comme assassin celui qui volontairement donne la mort, soit avec une motivation particulière, p.ex. le plaisir de tuer (*Mordlust*), ou pour atteindre une satisfaction sexuelle ou par de vils motifs (*niedrige Beweggründe*), soit en commettant l'acte dans des circonstances particulières comme par perfidie (*Heimtücke*), avec cruauté démontrée ou par l'utilisation de moyens particulièrement dangereux.

²⁴ Pour l'assassinat d'honneur voir p.ex.: <http://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2009-1-page-271.htm>

²⁵ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Artikel/Abschlussbericht_Experten_Toetungsdelikte.pdf?__blob=publicationFile&v=2

²⁶ M. KUBICIEL, ZRP 2015, 194.

La qualification de l'acte en tant qu'assassinat entraîne l'application de la peine privative de liberté à perpétuité, ce qui place le juge dans un corsage du „tout ou rien“ en laissant peu de marge de manœuvre pour pondérer le degré de culpabilité dans des cas particuliers. Ce résultat ne peut être atténué dans la pratique que par la possibilité de la révision de la peine au bout de 15 années d'application, prévue au paragraphe 57a StGB, sur laquelle statue une commission particulière, la chambre de l'application des peines (« Strafvollstreckungskammer »). Dans le cas de l'assassinat, il manque donc un calcul prévisible de la durée de la peine, ce qui rend difficile le traitement pénitentiaire du coupable²⁷.

Le conflit est aggravé par le fait que l'application des „vils motifs“ (*niedrige Beweggründe*) - une expression contestable sur plusieurs chefs - est devenue très répandue jusqu'à devenir une sorte de « clause générale passe-partout », ce qui laisse de moins en moins de place pour le „meurtre aggravé“ dans le paragraphe 212 al. 2 StGB, lequel est moins absolutiste dans ses effets que le paragraphe 211 StGB. De plus, l'application de l'élément de la perfidie (*Heimtücke*), c'est-à-dire l'attaque de la victime qui ne s'y attendait pas et qui est sans défense (*Arglosigkeit und Wehrlosigkeit*), p.ex. pendant le sommeil ou par empoisonnement, posait des problèmes. Normalement, l'accomplissement de cet élément devrait avoir pour conséquence une qualification automatique de l'acte comme assassinat avec les conséquences mentionnées. Le fait que ce genre d'attaques était souvent perpétré par des agents physiquement plus faibles, comme les femmes vis-à-vis de leurs maris dans le cas des « tyrans de la maison » (*Haustyrannen*), a amené les juges à pratiquer une sorte d'atténuation de la peine *contra legem*, une *Rechtsfolgenlösung* non prévue par la loi, mais acceptée par la Cour constitutionnelle fédérale. La jurisprudence avait même décidé dans une constellation fameuse, où une femme, qui avait été maltraitée par son mari pendant des années, a tué ce dernier pendant la nuit pour échapper à son martyre, que celle-ci pouvait bénéficier des circonstances exonératoires de l'état de nécessité du paragraphe 35 StGB (*entschuldigender Notstand*)²⁸. Ce genre d'acte mené contre le « terrorisme patriarcal »²⁹, comme l'appelle la juge à la Cour suprême fédérale, Schneider, rend nécessaire une révision de cet élément pour des raisons d'égalité. Une solution jurisprudentielle est insatisfaisante dans le fond, parce qu'elle n'aboutit pas à changer la qualification de l'acte en tant qu'assassinat.

Or, en regardant de plus près et dans son ensemble les dispositions des paragraphes 211 et 212, on constate l'existence d'un véritable « chantier » avec une série de questions historiques, systématiques et structurelles.

I. LA TERMINOLOGIE NAZIE

« Est assassin celui qui... » ou « sera condamné comme meurtrier celui qui tue une autre personne »... ; la terminologie rétrogradée utilisée par la loi dans les

²⁷ M. KÖHNE, ZRP 2014, 21 (22).

²⁸ BGH, NJW 2003, 2464.

²⁹ U. SCHNEIDER, NStZ 2015, 64 (65).

paragraphes 211 et 212 StGB ne cache guère ses origines remontant à l'année 1941. Les nazis avaient adopté une vision biologiste-typologique du criminel, au lieu de pénaliser seulement l'acte dans la perspective d'une réconciliation ultérieure de la personne avec la société, comme c'est le cas dans la perspective moderne du droit pénal. Un changement de la terminologie s'imposait donc. Proposé initialement par le Land Schleswig-Holstein au Bundesrat (BR-Drs. 54/14 v. 12.2.2014), la plupart de la doctrine allemande semble soutenir ce changement terminologique³⁰. Une telle opération pourrait d'ailleurs se faire sans abandonner la distinction emblématique entre „Mord und Totschlag“, à laquelle la population allemande est habituée. Si cette modification n'est pas contestée dans le fond, certains auteurs soulignent tout de même qu'il ne s'agirait que d'un changement cosmétique et symbolique. Certains pénalistes comme *Mitsch* relativisent en outre les origines nationales-socialistes et soulignent que certains éléments qualificatifs (*Mordmerkmale*) ont été créés par le pénaliste suisse *Stoos* en 1894 déjà et se trouvent également sous des formes similaires dans les codes étrangers (comme p.ex. le Code pénal russe ou le Code pénal français)³¹.

II. L'ABOLITION DU DUALISME „MORD & TOTSCHLAG“

Bien plus loin va la proposition de trois auteurs autour du juge de la Cour suprême fédérale *Fischer*, qui voient le défaut de construction surtout dans le dualisme entre assassinat et meurtre. Ils démontrent que la plupart des propositions de réforme ont tenté de maintenir ce dualisme (p.ex. Albin Eser 1980, Kargl 2001, AE-Leben 2008), ce qui aboutit finalement toujours à une disposition de base (le meurtre) et une sorte de cas aggravé (l'assassinat), ce dernier étant plus ou moins surchargé de qualifications détaillées pour prédéfinir les circonstances et motivations les plus « atroces ». La solution de *Fischer et al.* va plus loin („grande solution“) et consiste en la proposition d'une seule disposition du meurtre, qui donnerait plus de liberté au juge³². Dans une telle solution, le juge pourrait fixer la peine entre 5 ans et la perpétuité en application directe du paragraphe 46 StGB, qui est actuellement bloqué par l'application du paragraphe 211, ce qui pose des problèmes eu égard au principe de proportionnalité, selon lequel la peine doit correspondre au degré de la culpabilité³³. La disposition du meurtre est complétée, dans le projet de *Fischer et al.*, par une disposition qui prévoit l'atténuation de la peine dans des circonstances particulières (*minder schwerer Fall*).

Par cette solution, les auteurs veulent éviter le fameux „écart de sanction“ („Sanktionssprung“), qui existe actuellement entre les paragraphes 212 et 211 ainsi que l'automatisme du « tout ou rien » par lequel le paragraphe 211 impose la peine maximale (perpétuité). La grande solution de *Fischer et al.* est critiquée notamment par *Walter*, qui y voit une sursimplification incohérente avec les critiques

³⁰ p.ex. R. DECKERS, Th. FISCHER, S.KÖNIG, K. BERNSMANN, NstZ, 2014, 9 (10); T. WALTER, NstZ 2014, 368 (373).

³¹ W. MITSCH, ZRP 2014, 91, 92

³² Th. FISCHER et al. NstZ 2014, 9 (13).

³³ W. MITSCH p.ex. considère le § 211 comme inconstitutionnel pour cette raison.

antérieures. En fait, les critiques portant sur les paragraphes 211 et 212 concernaient également l'application desdites dispositions par les juges; leur laisser dorénavant une marge aussi importante semble paradoxal. De plus, comme le souligne *Walter*, le législateur doit se conformer aux principes de la réserve de la loi et de la détermination de la loi (art. 103 al. 2 et art. 20 al. 3 Loi fondamentale). Ainsi, le législateur doit fixer les circonstances de l'application de la loi d'une façon suffisamment précise, même si, sur le fond, une casuistique détaillée rend la disposition plus complexe.

III. UN MANQUE DE CLARTÉ DES ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS DE L'ASSASSINAT

Un autre problème réside dans l'utilisation des notions axiologiques du paragraphe 211, telles que les „vils motifs“ (*niedrige Beweggründe*), un élément qui est devenu, à côté de la „perfidie“, l'un des éléments les plus souvent invoqués par les juges (*Motivgeneralklausel*). Des projets de loi antérieurs ont soulevé, à plusieurs reprises, que l'élément de la perfidie était trop rigide, tandis que l'élément des vils motifs était trop flou. Est considérée comme « vil motif » une motivation qui se présente comme se situant « au plus bas niveau » d'un point de vue moral et éthique (*nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehend*) et qui serait donc beaucoup plus méprisable qu'un meurtre ordinaire (*in deutlich weiter reichendem Maße als bei einem Totschlag verachtenswert*)³⁴.

L'application du paragraphe 211 dépend donc actuellement dans une large mesure de l'élément subjectif de l'acte, ce qui pose des problèmes de preuve, notamment lorsque le coupable décide de ne pas se prononcer sur l'acte reproché. De surcroît, ces éléments introduisent une évaluation morale qui soumet les éléments constitutifs de l'infraction à des changements inattendus du *Zeitgeist*³⁵. Néanmoins, une abolition de la notion des « vils motifs » pourrait être perçue par la population comme un ramollissement de la disposition. Le problème à résoudre consiste donc dans la question de savoir quel est exactement « le mal » inhérent à l'assassinat et qui mériterait une sanction beaucoup plus élevée³⁶. Il y manque finalement une explication scientifique, qui irait plus loin que l'affirmation répandue selon laquelle l'assassinat est bien plus horrible que le meurtre.

Eu égard aux problèmes mentionnés (qui ne représentent d'ailleurs qu'une partie du débat), la nouvelle tentative de réformer le dispositif de l'homicide volontaire représente un véritable défi pour le législateur. Il doit se décider *grosso modo* entre une « petite réforme », qui demeure attachée au dualisme des paragraphes 211 et 212 mais qui fournit davantage de précisions quant aux éléments qualificatifs de l'assassinat, et une « grande réforme » peut-être plus osée mais problématique sur le plan constitutionnel à cause de son manque de précision

³⁴ Voir par exemple: BGH NStZ 2012, 691; BGH NstZ 2004, 34 f.; MüKo/StGB-H. *Schneider* § 211 Rn 69; *Fischer* StGB, 61. Aufl., § 211 Rn 14 a.

³⁵ Th. FISCHER et al NstZ,

³⁶ Dans ce sens: M. KUBICIEL ZRP 2015, 194.

(*Bestimmtheit*). Le dilemme se trouve donc dans le fait de devoir choisir entre plus de liberté pour le juge ou plus de raffinement légal. Ce qui freine une grande solution, c'est également la sensibilité du public aux changements de ce dispositif légal, qui est regardé comme l'indicateur de la détermination de l'Etat à réagir aux crimes les plus graves.

Il n'est donc pas étonnant que la commission d'experts n'ait finalement proposé qu'une petite réforme comme le plus petit dénominateur commun. Or, au regard des tentatives échouées jusqu'à aujourd'hui, même une telle petite réforme devrait être considérée comme un succès. La proposition de l'association des avocats allemands (*Anwaltverein*) d'abolir complètement le paragraphe 211 n'a donc pas été retenue. La commission propose de maintenir le dualisme entre assassinat et meurtre en évitant la terminologie nazie « est assassin..., est meurtrier celui qui ». Les éléments qualificatifs de l'assassinat ne sont d'ailleurs guère changés, même si les vils motifs seront accompagnés par des motifs plus concrets, comme l'orientation sexuelle, la religion, la race de la victime. Le plus grand changement proposé est certainement l'abolition de l'automatisme de la sanction pour l'assassinat. Dès lors, le juge devrait avoir la possibilité de rester en-dessous de la peine privative de liberté à perpétuité, même si une application du paragraphe 213 (circonstances atténuantes, *minder schwerer Fall*) au paragraphe 211 ne devrait toujours pas être possible. Or, la commission propose une disposition atténuante pour l'assassinat commis en état de « désespoir ».

La proposition de la commission favorise donc une solution qui est orientée vers plus de justice au cas par cas (*Einzelfallgerechtigkeit*), ce qui est salué par les pénalistes³⁷. Or, le grand débat entre pénalistes est certainement encore à venir lorsque le ministère de la justice présentera son projet de loi.

³⁷ <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/gesetzgebung-reform-mord-211-mordmerkmale-lebenslaenglich/>

B. La réforme de la législation allemande sur le cannabis a-t-elle une chance de prospérer ?

Emeline ESCAFIT, Master 2 en Droit pénal, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Profitant d'une tendance favorable à la légalisation du cannabis comme aux Etats-Unis, le débat sur la réforme de la législation allemande des produits stupéfiants a ressurgi, appuyé par le constat d'une augmentation du nombre de consommateurs de cannabis en Allemagne. En matière de cannabis, l'année 2014 a ainsi été marquée par une évolution jurisprudentielle ainsi qu'un projet de réforme, sur lesquels il convient de revenir. Pour comprendre les enjeux d'une telle réforme, il semble nécessaire de rappeler l'actuel état du droit allemand pour en constater ses limites et comprendre ainsi l'initiative grandissante d'une tendance à la tolérance.

I. L'ÉTAT ACTUEL DE LA LÉGISLATION ALLEMANDE SUR LE CANNABIS : UNE POLITIQUE RÉPRESSIVE

Certaines infractions ne sont pas prévues par le code pénal allemand (*Strafgesetzbuch*). Tel est le cas des infractions en matière de stupéfiants qui sont énumérées dans une disposition spéciale, la législation sur les produits stupéfiants (*Betäubungsmittelgesetz*). Cette loi du 28 juillet 1981 établit une classification tripartite entre les produits stupéfiants.

Elle distingue entre les produits dont la circulation est illicite, ceux dont la circulation est licite, mais dont l'usage à des fins médicales est restreint et ceux qui ne sont soumis à aucune restriction. Le cannabis figurant parmi la première liste n'est donc, en principe, pas disponible en libre-accès. L'état de la législation allemande en matière de cannabis peut se comprendre à travers l'étude de trois comportements : la consommation, la détention et la fabrication.

La loi sur les produits stupéfiants n'incrimine pas la consommation de cannabis en tant que telle.

Celle-ci est uniquement considérée comme une auto-détérioration (*Selbstschädigung*). En revanche, les comportements annexes sont incriminés tels que la fabrication, le commerce ou la détention, dès lors qu'aucune autorisation n'a été préalablement délivrée par l'institut de produits pharmaceutiques et médicaux³⁸. Cette loi prévoit néanmoins des hypothèses où cette autorisation n'est pas exigée : tel est le cas par exemple pour le secteur pharmaceutique³⁹. Enfin certaines dispositions démontrent une certaine tolérance à l'égard du cannabis.

³⁸ Article 29 al. 1 de la loi sur les produits stupéfiants. Ci-après : l'Institut.

³⁹ Article 4 de la loi sur les produits stupéfiants.

Concernant la détention de cannabis d'une part, la loi l'incrimine dès lors qu'aucune autorisation n'a été attribuée et sanctionne un tel comportement d'une peine d'emprisonnement d'un maximum de cinq ans ou d'une peine d'amende. Néanmoins lorsque des petites quantités sont détenues, les articles 29-5 et 31a de la loi sur les produits stupéfiants prévoient soit la possibilité pour le ministère public d'abandonner les poursuites, soit l'exonération de sanctions pénales pour le prévenu.

Dans sa fameuse décision rendue le 9 mars 1994, déclarant la législation sur les produits stupéfiants conforme à la constitution, la cour constitutionnelle fédérale allemande a considéré que « *la possession d'une faible quantité de cannabis exclusivement destinée à une consommation personnelle et occasionnelle ne méritait pas de sanctions pénales, dès lors qu'elle ne présentait pas de danger pour les tiers* »⁴⁰. Bien que la cour constitutionnelle ait conscience de l'atteinte portée par la loi au regard des droits fondamentaux garantis par la Constitution et notamment du droit à l'égalité de traitement et au libre épanouissement de sa personnalité, elle considère qu'une telle ingérence est justifiée au regard des risques pour la santé de chacun ainsi que pour la santé publique.

Concernant la fabrication et l'utilisation du cannabis d'autre part, celle-ci est également incriminée en vertu de l'article 29 al. 1 de la loi sur les produits stupéfiants, sauf autorisation de la part de l'autorité compétente. L'Allemagne autorise sous certaines conditions l'utilisation du cannabis à des fins thérapeutiques permettant ainsi de soulager des patients souffrant de cancer, de glaucome ou encore du sida. Ainsi l'emploi de cannabis dans la préparation de produits pharmaceutiques est autorisé ainsi que l'utilisation personnelle à des fins thérapeutiques de cette substance disponible dans les centres habilités, subordonnée à une autorisation de l'Institut et non prise en charge par le système d'assurance-maladie allemand. Il convient cependant de noter que cette utilisation limitée a fait l'objet d'une inflexion par la récente décision rendue par le tribunal administratif de Cologne le 22 juillet 2014⁴¹.

Le tribunal allemand a ainsi autorisé les requérants, ayant essuyé un refus de la part de l'Institut des produits pharmaceutiques et médicaux, de cultiver eux-même du cannabis à des fins thérapeutiques. En l'espèce, ceux-ci arguaient leur impossibilité de se procurer des médicaments composés de cannabis faute de revenus suffisants. Ils invoquaient la possibilité de cultiver eux-mêmes leur propre substance à des fins thérapeutiques. Après un examen approfondi de la situation des cinq requérants, le tribunal a autorisé trois d'entre eux à cultiver cette substance à des fins médicales.

Cette autorisation judiciaire conduit à une obligation pour l'autorité délivrant ces autorisations de reconsidérer leurs candidatures, de manière favorable cette fois. Néanmoins, le tribunal administratif de Cologne subordonne son approbation à certaines conditions : une évaluation de la situation personnelle du

⁴⁰ BVerfG, 9 mars 1994, 2 BvL 43/92.

⁴¹ VG Köln, 22 juillet 2014, 7 K 4447/11.

requérant, la garantie d'un accès réservé aux plantes cultivées ainsi que l'épuisement de l'ensemble des alternatives thérapeutiques. Ne satisfaisant pas à ces conditions, le tribunal a ainsi débouté deux requérants de leurs demandes de cultiver à titre personnel cette substance.

La décision du tribunal administratif de Cologne s'inscrit dans une tendance à la clémence concernant le cannabis. Loin de faire l'unanimité, la politique répressive sur le cannabis est souvent remise en cause. L'actuelle résurgence de cette problématique manifeste cependant une particularité: celle d'être majoritairement soutenue par des spécialistes et notamment 120 professeurs de droit pénal.

II. LA REMISE EN CAUSE DE LA LÉGISLATION ALLEMANDE SUR LE CANNABIS : VERS UNE POLITIQUE DE LÉGALISATION CÔNTRÔLÉE

Les critiques à l'encontre de la politique répressive en matière de stupéfiants ne sont pas nouvelles. Peu après la fameuse décision de constitutionnalité de la cour constitutionnelle fédérale allemande, plusieurs reproches ont été développés. Ceux-ci sont cependant restés lettre morte, la législation sur les produits stupéfiants ne subissant aucune modification majeure. La résurgence de ce débat ces deux dernières années pouvait laisser entendre qu'aucun changement ne serait à espérer. Néanmoins, l'originalité du mouvement récent réside dans le soutien dont il fait l'objet.

A cet égard, une pétition, à l'initiative du « Schildower Kreis » et majoritairement soutenue par des professeurs d'université spécialistes de droit pénal, incite à une remise en cause de la politique criminelle sur les stupéfiants et notamment sur le cannabis et invite le parlement à la mise en place d'une commission d'enquête chargée d'étudier scientifiquement les conséquences de la politique répressive actuelle. Il convient de revenir sur le contenu de cette pétition et notamment sur les critiques théoriques et empiriques adressées à la pénalisation des comportements liés au cannabis ainsi que sur les propositions d'une politique alternative.

D'une manière théorique, les signataires de la pétition considèrent que la législation sur le cannabis n'est pas conforme à la constitution. D'une part, celle-ci ne s'intègre pas dans la logique même du droit pénal, visant la protection de biens juridiques. En effet, bien que la cour considère que la législation sur les stupéfiants est constitutionnelle, dans la mesure où elle vient protéger la santé publique, un tel intérêt ne constitue pas un bien juridique au regard de la logique du droit pénal libéral.

Si la théorie du bien juridique est malmenée, les détracteurs de l'actuelle politique soulignent également l'existence d'une discrimination vis-à-vis des consommateurs de cannabis. En effet, ils constatent ainsi que des substances similaires telles que l'alcool ou la cigarette, ne font pas l'objet d'une même politique

d'interdiction. D'une manière empirique, les auteurs s'emploient à démontrer que les résultats de cette politique sont décevants, dans la mesure où aucune réduction de la consommation de cannabis n'est remarquable. Par conséquent l'objectif espéré, visant à limiter la consommation de cannabis, n'est pas atteint par la mise en oeuvre d'une telle politique. Ils mettent également en doute l'intérêt d'une prohibition au regard des consommateurs d'une part et de la société d'autre part.

D'une part, ils déplorent la stigmatisation résultant de la politique répressive. D'autre part, ils observent qu'une telle politique est lacunaire et conduit à l'apparition en creux d'une politique du laisser-faire, dès lors qu'aucune protection des consommateurs et des jeunes n'est assurée. Plus généralement, ils observent que la prohibition n'est pas le moyen le plus efficace pour lutter contre la consommation, dans la mesure où elle conduit à une simple augmentation des coûts procéduraux dans le cadre des poursuites pénales. Par ailleurs, la pénalisation des comportements annexes liés au cannabis profite au développement d'un marché noir au sein duquel d'une part, la qualité des produits disponibles n'est pas assurée et d'autre part, favorise le développement de la grande délinquance.

Loin de l'idée d'une pénalisation des comportements liés au cannabis, ils considèrent que la mise en place d'une prévention effective ainsi qu'une meilleure politique de santé publique, permettraient d'endiguer les problèmes liés au cannabis. La dépénalisation des comportements permettrait une économie des revenus actuellement investis dans le déclenchement des poursuites. Ceux-ci pourraient être réinvestis dans une politique de prévention ainsi que dans les programmes destinés à aider les personnes souffrant d'addiction à cette substance.

Ces critiques ne sont pas restées vaines et ont obtenu récemment le soutien de la société allemande de narcologie (*Gesellschaft für Suchtmedizin*). Le 4 juin dernier une requête est déposée par certains députés allemands devant le *Bundestag* suggérant au gouvernement la mise en place d'une commission d'enquête afin d'évaluer la politique répressive en matière de cannabis, solution envisagée dans ladite pétition. Au début de l'année 2015, une proposition de loi, reprenant pour partie les propositions développées dans la pétition, est proposée par le parti politique allemand Bündnis 90 / die Grünen. Ce dernier se montre favorable à une légalisation du cannabis, basée sur la régulation et le contrôle. Une modification de la législation allemande pourrait donc être prochainement envisagée.

Il ne faut cependant pas sous-estimer les difficultés auxquelles se heurte une modification de la législation allemande en matière de cannabis. D'une part, une telle modification a le devoir d'outre-passer la réticence constante du gouvernement allemand concernant les projets de réforme en la matière.

Il faut néanmoins déplorer que les arguments développés par celui-ci sont davantage d'ordre idéologique que scientifique. D'autre part, une telle dépénalisation voire légalisation présente certaines lacunes. Si une meilleure prise en charge des personnes dépendantes est un argument méritant approbation, il existe une certaine réticence envers la dépénalisation des comportements, dans la mesure

où celle-ci conduit à un effacement progressif de la frontière entre le licite et l'illicite. Entre outre, certains auteurs démontrent un réel paradoxe entre une politique de légalisation et la protection de la santé publique. Par ailleurs, il ne faut pas sous-estimer les effets néfastes de cette substance sur le santé des consommateurs dépendants ou réguliers. Les études scientifiques démontrent ainsi l'existence de troubles neuro-cognitifs et physiques après une consommation régulière de cannabis.

Par ailleurs, une considération seulement économique, telle que l'existence d'une source de revenus pour l'Etat, ne saurait convaincre. Le problème principal n'est pas la politique répressive mais la politique du laisser-aller, éclipsant les conséquences dommageables de la consommation de cannabis. Reste à savoir si ces arguments seront davantage entendus que ceux en faveur d'une dépenalisation...

C. Faut-il réformer le dispositif sur les délits sexuels comme le viol?

Esther PIEPLU, Master 2 en Droit pénal de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

«*Le viol reste le seul crime dont l'auteur se sent innocent et la victime honteuse*» Cette citation de Chesnais met en lumière les problèmes concernant la répression du viol et des infractions à caractère sexuel en général. En effet, non seulement les victimes ne déposent que peu souvent des plaintes du fait de leurs sentiments de culpabilité et de honte, mais le ministre de la justice allemande a également souligné que dans les Länders seules 4% des plaintes aboutissaient à des condamnations⁴².

En effet, il n'existe aucune protection contre la séduction verbale trop appuyée. Seules les insultes peuvent faire l'objet d'une répression mais elles restent très dures à prouver car elles font toujours l'objet de témoignages contradictoires. Une approche physique pâtit de la même difficulté de preuve. Lorsque les discriminations s'exercent sur le lieu de travail, l'employeur a tout de même une obligation de faire cesser la discrimination car elle constitue une faute de son salarié sur le lieu de travail.

Quant aux agressions physiques, elles sont incriminées au sein du paragraphe 177 StGB. La contrainte sexuelle et le viol sont deux infractions distinctes, mais qui sont définies dans cette même disposition pénale, le viol étant considéré comme un cas aggravé de contrainte sexuelle.

Le (1) du paragraphe 177 StGB dispose que la contrainte sexuelle (*Sexuelle Nötigung*) est le fait pour une personne d'en contraindre une autre à commettre ou subir des actes ayant un caractère sexuel. Elle ne peut être constituée qu'en l'absence du consentement de la victime. Cette fin peut être mise en œuvre par l'auteur par la violence, la menace entraînant un danger immédiat pour la vie ou l'intégrité corporelle, ou en tirant parti d'une situation où la victime livrée à elle-même et sans défense. La contrainte sexuelle est passible d'une peine privative de liberté d'un an au moins.

Le (2) du paragraphe 177 StGB définit le viol (*Vergewaltigung*) comme le fait pour une personne de faire subir à une autre un acte sexuel au sens strict (*den Beischlaf*) ou des actes semblables (*ähnliche sexuelle Handlungen*). Une condition de gravité est exigée. Elle peut être atteinte par des actes particulièrement humiliant (pénétration d'une partie du corps). Ainsi par exemple, en droit allemand, l'acte contraint de fellation ou de sodomie fait partie de la notion pénale de viol (*Vergewaltigung*), comme contrainte sexuelle aggravée (paragraphe 177 (2) StGB).

⁴² A l'occasion d'une réunion entre les ministres des Länders et Heiko Mass, le ministre fédéral de la justice en octobre 2015. Source : www.lemilie.org

Le viol sur mineur est sanctionné d'une peine d'emprisonnement de un à 10 ans (de 5 à 15 ans s'il a entraîné la mort) alors que le viol « classique » est puni d'une peine d'au moins deux ans et qui ne peut être inférieure à cinq ans lorsque le viol a entraîné la mort.

Ce paragraphe a fait l'objet de nombreuses critiques en ce qu'il édicte des conditions beaucoup plus restreintes que dans la plupart des autres pays européens pour engager la responsabilité des auteurs d'infractions à caractère sexuel. Heiko Maas, ministre de la justice allemande, a estimé qu'il ne permettait pas de protéger toutes les victimes et notamment celles de harcèlement sexuel ou d'infractions commises au sein du couple. En effet, l'infraction édictée au paragraphe 177 StGB reste restrictive dans ses éléments constitutifs non seulement en ce qui concerne les moyens pouvant être utilisés par l'auteur afin d'arriver à ses fins mais aussi quant à l'interprétation des éléments de faits susceptibles de prouver l'absence de consentement de la victime.

I. DES MOYENS DE CONTRAINTE RESTREINTS

L'actuel paragraphe 177 du code pénal allemand définit le viol comme une relation sexuelle obtenue « par la violence, par une menace portant sur la vie ou l'intégrité corporelle », ou lorsque la victime se trouve « privée de toute défense ».

Dans un arrêt du 20 mars 2012, la Cour fédérale de justice avait ainsi écarté le cas d'une femme qui s'était refusée à son conjoint avant de lui céder par peur de violences, sans crier pour ne pas réveiller les enfants⁴³. En droit français, la contrainte morale aurait pu être caractérisée. La Cour avait estimé qu'elle n'était pas « « privée de toute défense » puisqu'elle aurait pu appeler les secours ou ses voisins. La question se pose de savoir pourquoi le paragraphe 177 limite ainsi les moyens de contraintes qui peuvent être invoqués pour caractériser le viol alors même que cela aboutit à des solutions si contestables ?

Tatjana Hörnle fait une comparaison entre le viol et le meurtre⁴⁴. Ainsi, il serait inefficace d'incriminer le meurtre seulement lorsqu'il est commis avec une arme. De même, il n'est pas satisfaisant d'incriminer le viol quand il est commis sous la menace physique (*Gewalt*) et pas quand il est commis par contrainte (*Drohung*) notamment financière. Elle soutient que les infractions à caractère sexuel ont été édictées dans un contexte où les relations sexuelles dans le couple étaient jugées comme faisant partie du mariage. Ne pouvaient alors être réprimées que les atteintes les plus manifestes au consentement (de la femme surtout).

A cet égard, il faut noter que le viol entre conjoint n'a été réprimé explicitement qu'à partir de 1990 en France. C'est par un arrêt du 11 juin 1992 que la chambre criminelle de la Cour de Cassation a confirmé sa jurisprudence et reconnu

⁴³ BGH, 20 mars 2012, 4 StR 561/11

⁴⁴ T. HÖRNLE « Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention : Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB », *Deutsches Institut für Menschenrecht*, 2015

l'existence du viol entre époux sans blessure ou violence⁴⁵. C'est bien le reflet d'un consensus social selon lequel personne ne peut porter atteinte à la liberté sexuelle d'autrui, quel que soit son statut ou le moyen qu'il utilise pour parvenir à ses fins. Ainsi, les atteintes à l'autodéterminations sexuelles ne devraient plus tourner autour du «Gewaltparadigma».

Le pf. Thomas *Fischer* se moque de cet état d'esprit en estimant que „Strafrecht nur dann frei von Lücken [wäre], wenn das gesamte menschliche Verhalten als grundsätzlich strafbar angesehen wurde und Straffreiheit nur als Ausnahmefall konstruiert wäre“⁴⁶ (le droit pénal ne serait exempt de lacune que si tous les comportements humains étaient pénalement répréhensibles et que l'irresponsabilité n'était qu'une exception). Il existe pourtant une solution intermédiaire qui permettrait d'élargir les cas de contrainte anéantissant le consentement. D'autant plus que la voie pénale est la seule qui puisse être mise en œuvre en matière de délits sexuels. Alors que les moyens alternatifs de règlement des conflits s'envisagent pour les délits économiques, il n'est guère possible de l'envisager concernant des atteintes à l'intégrité physique de la personne.

Il existe un autre problème dans cette incrimination qui ne considère le viol que comme un acte commis avec un sexe et non pas comme un acte ayant un caractère sexuel. Ainsi, la pénétration vaginale, anale ou orale non consentie, à caractère sexuel, du corps d'autrui avec un objet n'est pas considéré comme tel. N'est il cependant pas vécu comme un viol ? Les conséquences en terme de dignité et de violation de l'intégrité physique ne sont elles pas les mêmes ?

Certains auteurs en défaveur du changement de texte estiment qu'une simple interprétation de la Cour suprême allemande permettrait d'étendre le champ d'application du viol au delà de la pénétration par le sexe et par une violence qui laisserait la victime sans défense. Il reste que les atteintes sexuelles par surprise ne seraient pas prises en compte car il n'existerait ni menace ni même contrainte antérieure à l'acte (c'est le cas par exemple des attouchements dans le bus).

A l'inverse, l'extension de l'incrimination ne doit pas être seulement symbolique. L'assouplissement des éléments constitutifs doit alors s'accompagner d'une interprétation jurisprudentielle plus souple afin de permettre une répression plus effective. En effet, les affaires d'agressions sexuelles et de viols se basent bien souvent sur des preuves orales qui ne se suffisent pas à elles mêmes et doivent être prises en compte dans les circonstances de l'espèce.

II. DES MOYENS DE PROUVER L'ABSENCE DE CONSENTEMENT RESTREINTS

Le droit pénal allemand concernant les infractions sexuelles est basé sur la maxime « volenti non fit injuria » (on ne fait tort à qui consent) tirée d'un passage du

⁴⁵ Cass. crim., 11 juin 1992, Bull Crim 1992 N°232

⁴⁶ http://www.bundestag.de/blob/357200/18bdafafc324ec0f4c0_9a339a13753ce/fischer-data.pdf

Digeste adapté par Ulpian (Livre XLVII, titre X, paragraphe V). Alors qu'avant 1973, les infractions sexuelles étaient incorporées au chapitre des infractions contre la morale („Straftaten gegen die Sittlichkeit“), elles font aujourd'hui l'objet de la section du code pénal qui est intitulée " Infractions contre l'autodétermination en matière sexuelle " („Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung“).

Le consentement ne peut pas justifier un acte interdit par la loi pénale en droit français puisque celle-ci est d'ordre public alors qu'au contraire en Allemagne un second postulat, d'inspiration libérale, consiste à dire que les biens juridiques individuels, tels que l'intégrité corporelle, la liberté, l'honneur ou la propriété sont par principe disponibles, de sorte que leur titulaire peut renoncer à leur protection pénale. L'idée étant que chacun est censé être le meilleur juge de ses intérêts. C'est en ce sens que le droit allemand ne présume pas l'absence de consentement pour un viol mais considère au contraire de manière très stricte les moyens de preuves qui peuvent être invoqués afin de prouver l'absence de consentement.

En France, la qualité de conjoint, de pacsé ou de concubin constitue une circonstance aggravante du viol. En droit allemand, du fait de l'obligation de prouver que la victime était «privée de toute défense», les infractions commises au sein de la cellule familiale sont très difficiles à prouver. Dans le cas d'espèce cité ci-dessus, la Cour avait considéré que la victime étant dans le cadre de sa famille et entourée de ses voisins, elle aurait pu appeler à l'aide. Or, l'article 36 de 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 dispose que « les parties prennent les mesures législatives ou autres nécessaires pour que les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent également à des actes commis contre les anciens ou actuels conjoints ou partenaires, conformément à leur droit interne. »

Certains auteurs ont critiqué le fait que la réforme désirée ne devait pas viser à renverser la charge de la preuve et à présumer que chaque relation sexuelle, a fortiori entre conjoints ou concubins serait non consentie, cela afin de rendre la charge de la preuve plus aisée pour la victime potentielle de viol. Quelle doit alors être la nature du refus ? Un refus clair et simple suffit-il ou doit-il être répété et accompagné de gestes pour être caractéristique de l'absence de consentement ? Dans le cas traité par la Cour fédérale de justice en 2012⁴⁷ la femme avait bien refusé une relation sexuelle à son mari mais c'est parce qu'elle n'avait pas fait preuve de résistance physique que le viol n'avait pas pu être caractérisé. Plusieurs circonstances de fait peuvent empêcher la victime de procéder à ce refus physique : la contrainte psychologique, l'alcool, la pression économique mais aussi comme en l'espèce la peur d'alerter les enfants.

La question de la preuve repose essentiellement sur la nécessité d'un refus physique ou audible par des témoins. En effet, même en cas de violence physique utilisée, le sadomasochisme peut être plaidé. L'article 36 de la Convention

⁴⁷ BGH, 20 mars 2012, 4 StR 561/11

d'Istanbul fait référence au consentement « donné volontairement comme résultat de la volonté libre de la personne considérée dans le contexte des circonstances environnantes. ». Ainsi, non seulement le refus explicite serait envisagé comme une absence de consentement même s'il ne précède pas un refus physique, mais les situations où le consentement aurait été vicié seraient également considérées comme des viols (alcoolémie). Une évaluation minutieuse de la preuve en l'espèce est donc obligatoire pour faciliter la répression de ces crimes qui portent gravement atteinte et à la personne et à l'ordre public.