

« Comme ton Amérique, où le peuple inconnu,
Erre innocemment tout farouche et tout nu,
D'habit tout aussi nu qu'il est nu de malice,
Qui ne connaît les noms de vertu et de vice,
De Sénat ni de roi, qui à son plaisir;
Porté de l'appétit de son premier désir,
Et qui n'a dedans l'âme ainsi que nous empreinte,
La frayeur de la loi qui nous fait vivre en crainte,
Mais suivant sa nature et seul maître de soi,
Soi-même est sa loi, son Sénat et son Roi »

C'est par ces vers que Ronsard débute sa description des indiens de l'actuel Brésil, rencontré par son contemporain Villegaignon. Nonobstant le truisme, ils viennent nous rappeler le caractère éminemment social et culturel des représentations collectives liées à la nudité, au voilement et au dévoilement du corps. La surprise, pour des voyageurs issus de sociétés très vêtues lorsqu'ils rentrent en contact avec des sociétés peu vêtues, amène à voir dans les « sauvages » découverts un manque de culture, de vergogne, d'organisation sociale.

Monsieur le président, Mesdames Messieurs les secrétaires de la Conférence, Mesdames Messieurs.

Si le vêtement est depuis longtemps admis comme un média d'expression artistique ou intellectuelle, peut-on alors en dire autant de la nudité ?

L'émergence dans l'actualité du mouvement d'origine ukrainienne Femen, a soulevé juridiquement la question. Comme il vous l'a été précédemment rappelé, une activiste dudit groupe, agissant selon le mode d'action habituel de ce dernier, était apparue poitrine découverte dans une salle du musée Grévin. Elle fut alors poursuivie et condamnée par le Tribunal correctionnel de Paris pour délit d'exhibition sexuelle, chef d'inculpation pour lequel elle fut relaxée finalement par l'arrêt du 12 janvier 2017 de la Cour d'Appel de Paris.

La question qui vous ai posé ici est donc de savoir si *le fait pour une femme d'exposer à la vue d'autrui, en dehors de tout élément intentionnel de nature sexuelle, sa poitrine sur laquelle est inscrit un message visant à exprimer une opinion, est constitutif ou non d'un délit d'exhibition sexuelle.*

La question est intéressante à double titre. D'abord, elle soulève le débat sur les éléments du corps à considérer, en l'état actuel des mœurs, comme relevant d'une gêne de nature sexuelle. Ensuite et surtout, elle interpelle sur le fait de savoir si le mobile d'une exhibition doit être pris en compte dans la caractérisation du délit.

Ces interrogations ne sont en vérité point nouvelles. Elles se sont déjà posées sous l'empire de l'ancien article 330 du Code pénal. Datant de 1810, ce dernier punissait toute personne qui aura commis un « outrage public à la pudeur. » Ainsi que le soulignaient alors les criminalistes Chauveau et Hélie, l'outrage est le fait « de causer un scandale, de faire rougir la pudeur, de choquer l'honnêteté de ceux qui en sont les témoins. »

Le nouveau Code pénal de 1992 supprime l'outrage et y substitue l'exhibition sexuelle. Si la révolution française avait opéré un passage d'une conception morale à une conception sociale des infractions sexuelles, cette réforme marque quant à elle un passage à une conception objective des mots et du sexe dans la loi pénale.

Mais alors, peut-on encore questionner les motifs d'une exhibition ? Votre jurisprudence précédente a pu, dans des circonstances particulières, admettre de se pencher sur la motivation des auteurs d'infractions sexuelles.

Mais il s'agit bien d'une faculté subsidiaire, le délit devant par ailleurs être caractérisé, tant dans son élément matériel que moral.

Ainsi, nous relèverons une légalité nécessaire d'une part (I), une motivation subsidiaire d'autre part (II).

I) Une légalité nécessaire

L'article 222-32 du code pénal dispose que « *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.* »

Il faut donc, pour que le délit soit caractérisé, une expression sexuelle (A) d'abord, un acte imposé ensuite (B).

A- Une expression sexuelle

Contrairement à l'ancien délit d'outrage à la pudeur, et comme vous l'aviez rappelé dans une décision du 4 janvier 2006, le délit d'exhibition sexuelle suppose un élément de nudité corporelle. Le texte de loi ne précise cependant pas quelles parties du corps relèvent de la catégorie *sexuelle*. S'il ne fait aucun doute que les parties génitales sont par définition concernées, le cas d'autres parties telles que les fesses ou les seins est plus délicat.

Sous la jurisprudence du texte antérieur, et notamment dans une décision en date de 1965, concernant une dame se livrant à l'exercice du ping pong seins nus sur une plage, vous aviez clairement établi que la poitrine féminine était une zone corporelle à caractère sexuel.

Une telle acception conduit *de facto* à une différenciation de traitement entre les torsos masculin et féminin, démonstration d'une sexualisation plus forte du corps de la femme. Peut-elle perdurer avec l'objectivisation du délit, et plus encore au vu des évolutions sociétales récentes ?

En vérité, La perception du dévoilement de la poitrine féminine varie énormément d'une société humaine à une autre. Quatre siècles après Ronsard, Claude Lévi-Strauss avait pu le mesurer chez les indiens Nambikwara du Brésil central. L'auteur de *Tristes tropiques* nous renseigne ainsi sur le fait que « *les peuples qui vivent complètement nus n'ignorent pas ce que nous nommons pudeur : ils en reportent la limite. Celle-ci paraît placée chez eux, non pas entre deux degrés d'exposition du corps, mais plutôt entre la tranquillité et l'agitation.* »

Ainsi, il n'est pas possible d'édicter une norme juridique en la matière ne tenant pas compte des conceptions culturelles.

« *Mes seins ont été fabriqués en Normandie à partir de beurre et de crème fraîche* », aime à dire Laetitia Casta. Si l'on peut quelque peu douter d'une telle composition pour la généreuse poitrine de l'intéressée, l'observation des us de l'industrie cinématographique nous renseigne sur le caractère érotique très claire que véhicule cette partie du corps chez des spectateurs de culture française ou européenne.

C'est cette même perception qui gouverne la caractérisation d'infractions sexuelles autres que l'exhibition. Vous aviez ainsi jugé dans une décision du 10 octobre 2007 qu'un kinésithérapeute ayant commis des attouchements sur la poitrine de sa patiente, était coupable d'agression sexuelle, alors même que ce dernier arguait que les seins n'étaient pas une zone sexuelle.

Aussi, au vu de l'ensemble de ces données, la qualification de la poitrine féminine comme partie sexuelle du corps, demeure pertinente. Sa nudité est donc une exhibition sexuelle, constitutive d'un délit si elle comporte de plus un élément moral. Celui-ci résidera dans l'autonomie de la volonté.

B- Un acte imposé

L'infraction d'exhibition étant un délit, et en l'absence de précision sur la nature de l'élément moral requis, ce dernier ne peut être constitué que par l'intention, et ce en application de l'article 121-3 du code pénal.

Si l'exhibition sexuelle peut être établie par diffusion de support audiovisuel, comme vous l'aviez rappelé dans un arrêt du 27 janvier 2016, il est intéressant de noter que la légalité de la pornographie se fonde sur le consentement des spectateurs de ce type de productions. Ainsi, l'élément d'intention de l'exhibition sexuelle résidera *in fine* dans son caractère imposé.

Mais pour établir que l'inculpé avait conscience de commettre un délit d'exhibition tel que décrit par le texte d'incrimination, le témoin doit-il être dans l'impossibilité de pouvoir éviter les spectacle qui lui ai offert, ou le simple caractère non-sollicité de ce dernier suffit-il ? Sur ce point votre jurisprudence a toujours été très claire: la simple non-sollicitation suffit.

L'incrimination d'exhibition sexuelle figure en effet dans une section du code pénal contenant un article préliminaire, l'article 222-22, qui précise que « constitue une agression sexuelle, toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ». En l'espèce, c'est donc la surprise qui fonde l'incrimination.

Même s'il faut bien reconnaître que l'exhibitionnisme est plus répandu chez les hommes que chez les femmes, et que les cas d'exhibition mammaire sont pour le moins rares, il n'en demeure pas moins que l'âge, la psychologie, ou encore la sensibilité des témoins peuvent être extrêmement varier, il est difficile de connaître leur réaction précise.

« Je faillis me trouver mal la première fois que je vis tout nus les deux seins d'une femme », nous confesse Flaubert.

Après tout, pourquoi le gardien du musée Grévin serait-il moins enclin à un tel choc ?

Aussi, si l'on se contente d'un dol général pour caractériser l'intention, le contenu de ce dernier pose problème. Se pose notamment la question de savoir s'il s'étend aux motifs de l'acte.

II) Une motivation subsidiaire

Une lecture littérale de l'article 222-32 semble exclure la prise en compte des motifs de l'exhibition dans l'appréciation du juge. Pourtant, votre jurisprudence a pu s'écarter d'un tel littéralisme, et ce afin d'atteindre les objectifs du texte.

Cette souplesse ne peut néanmoins aller jusqu'à pas tolérer la recherche volontaire d'une impudicité choquante.

Ainsi, si dans un premier temps l'opportunité chasse le littéralisme (A), dans un second, la provocation chasse l'opportunité (B).

A- L'opportunité chasse le littéralisme

Vous aviez reconnu le délit d'exhibition sexuelle dans un arrêt du 12 mai 2004, concernant un grand-père s'adonnant à une nudité impudique devant ses petits-enfants, alors même que la condition de publicité était en l'espèce plus que douteuse.

Votre arrêt du 21 juin 2017 avait également établi le délit dans le cas d'un prévenu s'étant rendu coupable d'une exhibition en cellule de dégrisement. Même si la conscience de l'acte était alors discutable, vous aviez jugé que l'état d'ivresse n'est pas une cause d'irresponsabilité pénale.

Ces décisions s'inscrivent dans une lecture d'espèce déjà ancienne: ainsi, deux exceptions aux règles sur l'outrage à la pudeur ont été dégagés de longue date; concernant les lieux dédiés au naturisme d'une part, au nu artistique d'autre part.

Autour de ce dernier cas, rappelons la coexistence en Europe de deux cultures: celle de la représentation sociale, d'origine chrétienne, et celle de la représentation artistique, d'origine hellénique et païenne. Ainsi avons-nous de tout temps une permanence de la nudité de l'iconographie antique, y compris dans les églises, et même parfois pour figurer des personnages bibliques, voir le Christ lui-même.

La représentation sociale elle-même a beaucoup évolué lors des dernières décennies: ainsi, alors qu'il ne l'est pas dans d'autres pays comme le Brésil par exemple, le *topless* sur les plages est désormais admis en France, rendant la jurisprudence de 1965 désuète. Il en va de même pour le spectacle des femmes allaitant en public.

Au vu de ses considérations, ne serait-il pas opportun de reconnaître également un nu politique, qui exclurait l'établissement du délit d'exhibition ? Delacroix n'a-t-il pas guidé le peuple des magistrats vers une telle liberté ?

La Cour européenne des droits de l'homme a pour sa part reconnu que la nudité publique pouvait être considérée comme une forme de liberté d'expression, au sens de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La juridiction strasbourgeoise déclare ainsi dans son arrêt *Gough c. RU* de 2014, que « *le droit à la liberté d'expression porte non seulement sur le contenu des idées exprimées mais également sur la forme employée, y compris la nudité publique.* »

Cette reconnaissance doit néanmoins être abordée prudemment. La liberté d'expression fait en effet partie des garanties de la Convention européenne qu'il est possible de restreindre hors état d'urgence. Le second alinéa dudit article 10 prévoit ainsi que cette liberté peut être soumise à des ingérences ou restrictions étatique, pour peu qu'elles soient légales, et qu'elles soient légitimement motivées.

B- La provocation chasse l'opportunité

Dans le même arrêt, la Cour européenne indique qu'en l'absence de consensus européen en la matière, les États parties jouissent d'une grande latitude pour sanctionner, au besoin par la voie pénale, la nudité en public.

Dans un précédent arrêt *MC. c. Bulgarie* de 2003, la Cour avait reconnu que les États ont l'obligation de sanctionner toutes formes d'atteinte sexuelles. Or à l'évidence, le délit d'exhibition participe de la volonté du législateur français de lutter contre ce type d'atteintes.

Dans le cas en l'espèce, le groupe Femen a pour mode de militantisme l'accomplissement d'actes spectaculaires et provocateurs, qu'il résume lui-même dans le néologisme de *sextremisme*.

Imagine-t-on un instant l'action des Femen chez les Nambikwaras de Lévi-Strauss ? Elle n'aurait bien évidemment aucune chance de prospérer. On notera d'ailleurs que les Femen n'existent pas en Amazonie.

Si l'action prospère dans notre société, c'est bien par sa nature sexuelle provoquante. La provocation n'est donc pas pour l'inculpée un effet, mais bien une cause. Il est donc erroné de penser que le délit n'est pas caractérisé faute d'élément intentionnel, car il ne faudrait pas limiter ce dernier à la satisfaction d'une pulsion sexuelle, comme c'est le cas chez les exhibitionnistes à imperméables.

L'incrimination d'exhibition cherche à combattre le choc d'un spectacle sexuel imposé. Or c'est justement ce choc que cherchent à provoquer les Femen.

C'est bien ici la nuance qui échappe à l'appréciation de la cour d'appel: le média d'expression n'est pas ici la nudité, mais bien le délit en lui-même.

Or, il paraît difficile de reconnaître la commission d'infractions comme un mode d'expression politique.

Songons un instant à transposer le raisonnement de la Cour d'appel à d'autres

infractions: dans le cas des militants nationalistes corses, qui s'auto-définissent comme prisonniers politiques, il est évident que ces personnes sont incarcérées pour des actes relevant de motivations politiques. Le préfet Erignac n'a été assassiné ni pour des raisons personnelles, ne connaissant pas personnellement ses assassins, ni pour des raisons crapuleuses, mais bien pour sa qualité de représentant de l'Etat français en Corse. Il suffirait donc à Yvan Colonna d'invoquer la motivation politique de son geste, pour obtenir l'absolution, au nom de sa liberté d'exprimer ses opinions indépendantistes. Une telle solution paraît pour le peu inconcevable.

Seul sur son île déserte, Robinson Crusoé se préoccupe de se faire des hauts de chausse en peau de bête. Il se refuse donc à rester dans une nudité adamique, là où il n'est vu que de Dieu. Lorsqu'il finit par rencontrer Vendredi, il aura pour lui la même préoccupation, lui confectionnant un pantalon, alors même que l'intéressé, en bon sauvage, n'en a cure. Ainsi, le vêtement de Robinson est le symbole de son humanité, le vêtement de Vendredi, celui de sa socialisation.

Monsieur le Président, Mesdames Messieurs les secrétaires, Mesdames Messieurs.

S'il existe malheureusement des sociétés sans justice, il ne peut exister de justice sans société. Aussi la déconstruction permanente des normes sociales, en même temps que la transgression par quelques uns, des règles de droit qui s'imposent à tous, ne peuvent tenir lieu de vie politique et de débat d'idée dans une démocratie apaisée. Je me prononcerai donc pour la cassation.