



**HAL**  
open science

## Le droit des sexualités

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Le droit des sexualités. Presses Universitaires de France, 2009, Loïc Cadiet, 978-2-13-056226-9. hal-01234223

**HAL Id: hal-01234223**

**<https://hal.science/hal-01234223v1>**

Submitted on 26 Nov 2015

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

*Le droit  
des sexualités*

**Note de l'imprimeur**

Les ■■■ correspondent à des informations à compléter sur le Bon à tirer.  
Les ○ indiquent les informations à préciser au Bon à tirer.

« LES VOIES DU DROIT »  
COLLECTION DIRIGÉE PAR  
MIREILLE DELMAS-MARTY,  
JEAN-PIERRE ROYER ET GÉRARD TIMSIT

DIRIGÉE PAR LOÏC CADIET  
*Membre de l'Institut universitaire de France*  
*Professeur à l'Université de Paris I - Panthéon-Sorbonne*

# *Le droit des sexualités*

Daniel Borrillo

Ouvrage publié avec le concours du CERSA  
de l'Université Panthéon-Assas - Paris II et du CREDOF  
de l'Université de Paris X - Nanterre



*Presses Universitaires de France*

##   Claudio et Mauro

ISBN 978-2-13-056226-9

Dépôt légal — 1<sup>re</sup>  dition : 2009, juin

  Presses Universitaires de France, 2009  
6, avenue Reille, 75014 Paris

## Sommaire

Principales abréviations . . . . .	9
<b>Introduction</b> . . . . .	11
<b>Chapitre I – La régulation de l'activité érotique.</b> . . . . .	13
Section I / Le contrôle de la sexualité est à l'origine du monde normatif. . . . .	13
A - La prohibition de l'inceste. . . . .	13
B - L'inceste dans le droit positif. . . . .	16
Section II / L'évolution des fondements des interdits sexuels : de la métaphysique au consensualisme. . . . .	19
A - La philosophie consensualiste . . . . .	22
B - La neutralité morale de l'état en matière sexuelle . . .	23
C - L'autonomie de la volonté du sujet érotique. . . . .	26
Section III / Régime juridique des sexualités : droit-créance ou droit-liberté ? . . . . .	27
A - Démocratie et démagogie sexuelle . . . . .	32
B - La sexualité sous un régime d'exception. . . . .	39
C - Les barrières à la sexualité consentie entre adultes . . .	48
<b>Chapitre II – Liberté, égalité, criminalité sexuelles.</b> . . . . .	51
Section I / Questions théoriques et terminologiques . . . . .	51
A - Le sexe, le genre et les pratiques sexuelles . . . . .	51
B - Le sexe et l'état des personnes : l'identité de genre et l'hermaphrodisme . . . . .	54

## 6 *Le droit des sexualités*

C - L'orientation sexuelle . . . . .	58
D - Sexualité et reproduction : sexe sans procréation et procréation sans sexe . . . . .	60
Sexualité et filiation . . . . .	64
Droit de la filiation et différence de sexes . . . . .	65
E - Sexisme et homophobie . . . . .	73
Section II / La liberté sexuelle . . . . .	80
A - La sexualité choisie . . . . .	82
B - Le droit de changer de sexe . . . . .	85
C - Les représentations de la sexualité . . . . .	87
Section III / L'égalité sexuelle . . . . .	88
A - L'égalité des sexes (homme/femme) . . . . .	88
L'égalité des femmes dans le droit communautaire . . . . .	92
La parité dans l'accès aux mandats électoraux et fonc- tions électives . . . . .	94
B - L'égalité des orientations sexuelles (hétérosexuel/ homosexuel) . . . . .	96
Le rôle de l'Union européenne . . . . .	100
Les nouvelles formes de conjugalité et le mariage . . . . .	103
L'homoparentalité . . . . .	106
La lutte contre les discriminations envers les homo- sexuels . . . . .	108
Section IV / La criminalité sexuelle . . . . .	111
A - La sexualité subie . . . . .	111
B - Violences sexuelles et violences sexuées . . . . .	113
C - Les circonstances aggravantes en fonction de l'orienta- tion sexuelle de la victime . . . . .	117
L'injure et la diffamation sexistes et homophobes . . . . .	120
L'incitation à la violence et à la discrimination des fem- mes et des homosexuels . . . . .	121
<b>Chapitre III – Prescriptions et proscriptions sexuelles . . . . .</b>	<b>123</b>
Section I / La sexualité consentie . . . . .	123
A - Les amours égales . . . . .	123
La controverse Hart/Devlin sur la dépénalisation de l'homosexualité . . . . .	126
De la pénalisation de la sodomie à la criminalisation de l'homophobie . . . . .	128

*Sommaire* 7

Sources obligatoires du droit européen, 131. — Sources contraignantes du droit communau- taire, 135. — Déclarations de principe du Con- seil de l'Europe, 137. — Résolutions du Parle- ment européen, 139	
B - Les amours vénales . . . . .	141
Prohibitionnisme . . . . .	143
R�glementarisme . . . . .	143
Abolitionnisme . . . . .	144
C - La pornographie . . . . .	149
D - Monogamie et devoir conjugal . . . . .	154
Devoir conjugal et finalité reproductive du mariage . .	158
Rôle du divorce pour faute dans le système français . .	160
La construction sociale du mariage hétérosexuel . . . . .	163
E - Les pratiques sexuelles extrêmes : le sadomasochisme .	168
F - La sexualité en prison . . . . .	171
G - La sexualité des handicapés mentaux . . . . .	174
Section II / La sexualité imposée . . . . .	178
A - Le droit pénal de la sexualité . . . . .	178
Le viol . . . . .	179
Les autres agressions sexuelles . . . . .	182
L'exhibition sexuelle . . . . .	183
Le harcèlement sexuel . . . . .	186
La diffusion de messages contraires à la décence . . . . .	188
B - La pédophilie . . . . .	190
La pédopornographie . . . . .	192
C - Les mutilations sexuelles : l'excision . . . . .	195
D - Le proxénétisme . . . . .	198
E - La transmission volontaire du VIH . . . . .	204
F - La nécrophilie . . . . .	208
Section III / Droit international de la sexualité . . . . .	210
A - Les droits sexuels et reproductifs . . . . .	210
B - Le droit d'asile pour les minorités sexuelles . . . . .	216
C - La lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants . . . . .	223
<b>Conclusion</b> . . . . .	229
<b>Bibliographie</b> . . . . .	231

Profil couleur : Profil d'imprimante CMJN générique  
Composite Trame par défaut

Borrillo.prn  
V:\55321\55321.vp  
lundi 18 mai 2009 14:38:43

## *Principales abréviations utilisées dans l'ouvrage*

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique droit administratif</i>
al.	alinéa
art.	article
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
<i>Bull. civ.</i>	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
<i>Bull. crim.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
CAA	Arrêt d'une Cour administrative d'appel
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil Dalloz
C. pén.	Code pénal Dalloz
CE	Arrêt du Conseil d'�tat
CEDH	Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme
CESEDA	Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile
CGI	Code général des impôts Dalloz
ch.	Chambre
chron.	Partie doctrine du <i>Recueil Dalloz</i>
Civ.	Arrêt d'une chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes
<i>Clunet</i>	<i>Revue du droit international Clunet</i>
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
CSE	Charte sociale européenne
CSS	Code de la Sécurité sociale Dalloz
CRR	Commission des recours des réfugiés
C. trav.	Code du travail Dalloz
<i>D., Dalloz</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
<i>DA</i>	<i>Droit administratif</i> (�ditions du Juris-Classeur)
<i>Defrénois</i>	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
<i>Dr. fam.</i>	<i>Droit de la famille</i> (�ditions du Juris-Classeur)
<i>Dr. ouvr.</i>	<i>Droit ouvrier</i>
<i>DP</i>	<i>Recueil périodique et critique Dalloz</i> (avant 1941)
<i>Dr. pén.</i>	<i>Droit pénal</i> (�ditions du Juris-Classeur)
<i>Dr. soc.</i>	<i>Droit social</i>
<i>Eur.</i>	<i>Europe</i> (�ditions du Juris-Classeur)
fasc.	fascicule
form. plén.	Formation plénière
<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
HALDE	Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité
Instr.	Instruction

## 10 Le droit des sexualités

IR	Informations rapides du <i>Recueil Dalloz</i>
JO	<i>Journal officiel</i>
JOAN	<i>Journal officiel – Débats de l'Assemblée nationale</i>
JOCE	<i>Journal officiel des Communautés européennes</i>
JCP	<i>La Semaine juridique</i> , édition générale
JCP, �d. E	<i>La Semaine juridique</i> , édition entreprise
JCP, �d. N	<i>La Semaine juridique</i> , édition notariale
Jur.	Partie jurisprudence du <i>Recueil Dalloz</i>
L.	loi
L�g.	Partie législation du <i>Recueil Dalloz</i>
MST	Maladies sexuellement transmissibles
NCPC	Nouveau Code de procédure civile
obs.	Observations
OFPRA	Office français de protection des réfugiés et apatrides
Ord.	Ordonnance
PACS	Pacte civil de solidarité
RD publ.	<i>Revue de droit public</i>
RD sanit. soc.	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
Rec.	<i>Recueil des décisions du Conseil d'état</i>
Rec. Lebon	<i>Recueil Lebon</i>
Rép. min.	Réponse ministérielle
Req.	Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. adm.	<i>La revue administrative</i>
Rev. crit. DIP	<i>Revue critique de droit international privé</i>
RDSS	<i>Revue de droit sanitaire et social</i>
Rev. sc. crim.	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
RFD adm.	<i>Revue française de droit administratif</i>
RFDC	<i>Revue française de droit constitutionnel</i>
RJPF	<i>Revue juridique personnes et famille</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
RTDH	<i>Revue trimestrielle des droits de l'homme</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
Sect.	Section
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation
somm.	Partie Sommaires commentés du <i>Recueil Dalloz</i>
t.	tome
TA	Jugement d'un tribunal administratif
th.	Thèse
TGI	Jugement d'un tribunal de grande instance
Trib. inst.	Jugement d'un tribunal d'instance
US	Arrêt de la Cour suprême des �tats-Unis
VIH	Virus d'immunodéficience humaine

## *Introduction*

---

La libération sexuelle<sup>1</sup> et l'expansion pandémique du sida dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle ont placé la sexualité au cœur du débat politique et social. Cantonnée dans la sphère de l'intimité et de la vie privée, la sexualité fait irruption dans l'espace public, d'abord grâce à l'action politique du féminisme puis par les revendications du mouvement LGBT (lesbien, gay, bisexuel et transsexuel). Cependant, la sexualité demeure l'activité humaine la plus difficile à s'affranchir de la morale traditionnelle et du discours médical, ce qui obscurcit souvent l'analyse juridique. Or une théorie du droit de la sexualité trouverait son fondement dans une philosophie laïque construite à partir de l'idée de la volonté du sujet autonome et responsable qui déploie sa liberté à partir de choix rationnels. L'activité sexuelle, comme toute autre activité humaine, est multiple et variée allant de ceux qui ne conçoivent le sexe que dans sa dimension reproductive au sein du mariage, à ceux qui font du libertinage un mode de vie. Les uns préfèrent les personnes de leur propre sexe, les autres ne trouvent leur plaisir que dans le sexe opposé. Pour certains, sexe et amour sont indissociables, d'autres font de la sexualité une activité lucrative.

1. La libération sexuelle est une manifestation politique complexe qui, grâce au déclin du patriarcat et du poids moral de l' glise, se caractérise par une plus grande tolérance vis-à-vis de l'activité érotique. Cette manifestation trouve ses racines dans un certain nombre de révolutions scientifiques lesquelles, depuis les années 1930, ont permis le contrôle et le traitement des maladies sexuellement transmissibles ainsi que la diffusion des moyens contraceptifs.

## 12 *Le droit des sexualités*

Une régulation juste de l'activité sexuelle doit mettre entre parenthèses les différents sens que chaque individu donne à sa vie érotique. Le droit réduit ainsi son intervention sur la base de deux grands principes : le consentement des individus et l'absence de dommages à autrui.

  partir d'une lecture désacralisée de la sexualité (c'est-à-dire émancipée des traditions, des doctrines ou des idéologies données et non problématisées) et d'une conception modeste du droit, l'étude proposée dans cet ouvrage est divisée en trois parties : une première partie introduit les principes politiques et philosophiques régulateurs de la vie sexuelle :  volution du fondement des interdits sexuels, marge d'appréciation de l'état en matière sexuelle, intervention du droit pour limiter la volonté individuelle, tension entre liberté, égalité et dignité humaine, etc. Une deuxième partie analyse les questions relatives à la liberté sexuelle, l'égalité des sexes (hommes-femmes) et des sexualités (homosexualité-hétérosexualité) et la criminalité sexuelle. La troisième partie de l'ouvrage présente et analyse un certain nombre d'exemples concrets de régulation des sexualités (prostitution, pornographie, pédophilie, harcèlement sexuel, etc.) en fonction de la *summa divisio* classique : sexualité consentie / sexualité subie. Cette partie se conclut par une étude spécifique des principales conventions internationales relatives aux droits sexuels et reproductifs, au droit d'asile pour les minorités sexuelles et à la lutte contre le tourisme sexuel.

---

## *La régulation de l'activité erotique*

### SECTION I LE CONTRÔLE DE LA SEXUALITÉ EST   L'ORIGINE DU MONDE NORMATIF

#### A - LA PROHIBITION DE L'INCESTE

L'inceste désigne le rapport sexuel entre les membres d'une même famille. Inhibiteur majeur, l'interdit de l'inceste permet la renonciation au désir sexuel des individus d'un même clan (endogamie) pour se tourner vers l'autre (exogamie) par une force (tabou) fondatrice de l'humanité. Il s'agit pour les anthropologues d'une règle invariante permettant la création d'alliances entre membres des groupes différents. Claude Lévi-Strauss conçoit la prohibition de l'inceste comme une forme positive d'échange des femmes ayant pour but la pacification sociale par une complémentarité affective. Ainsi, en encourageant l'exogamie, le tabou de l'inceste fait que des groupes sans liens s'obligent à nouer des relations maritales qui renforcent la solidarité sociale. Cette approche de la sexualité fait de l'interdit de l'inceste l'élément qui permet d'expliquer le passage entre la nature et la culture. Dans son premier grand ouvrage, *Les structures élémentaires de la*

## 14 *Le droit des sexualités*

*parenté*, l'anthropologue s'interroge sur l'universalité de cette prohibition :

« La prohibition de l'inceste est le processus par lequel la nature se dépasse elle-même ; elle allume l'étincelle sous l'action de laquelle une structure d'un nouveau type, et plus complexe, se forme et se superpose, en les intégrant, aux structures plus simples de la vie psychique, comme ces dernières se superposent en les intégrant, aux structures, plus simples qu'elles-mêmes, de la vie animale. Elle opère et par elle-même constitue, l'av nement d'un ordre nouveau. »<sup>1</sup>

  partir de ce postulat, Lévi-Strauss définit le passage de la nature à la culture<sup>2</sup> par l'institution de normes : la culture, c'est l'univers des règles. Et ce sont ces règles qui forment son objet d'étude. L'analyse des systèmes de parenté consistera dès lors à mettre au jour les principes obligatoires qui gouvernent le jeu de l'alliance matrimoniale dans les sociétés primitives, règles qui régissent les conduites individuelles.

« Le problème de la prohibition de l'inceste n'est pas tellement de rechercher quelles configurations historiques, différentes selon les groupes, expliquent les modalités de l'institution dans telle ou telle société particulière. Le problème consiste à se demander quelles causes profondes et omniprésentes font que, dans toutes les sociétés et à toutes les époques, il existe une réglementation des relations entre les sexes. Vouloir procéder d'une autre manière serait commettre la même erreur que le linguiste qui croirait épuiser, par l'histoire du vocabulaire, l'ensemble des lois phonétiques ou morphologiques qui président au développement de la langue. »<sup>3</sup>

Le monde normatif serait donc, d'après cette théorie ethnologique, le produit de la conscience universelle du tabou des relations sexuelles entre personnes liées par un certain degré de parenté. Ainsi, l'homme devient humain lorsqu'il commence à opposer des interdits à ce qu'il considère en lui

1. C. Lévi-Strauss, *Les structures élémentaires de la parenté*, Paris, Mouton, 1967.
2. « La prohibition de l'inceste n'est, ni purement d'origine culturelle, ni purement d'origine naturelle ; et elle n'est pas, non plus, un dosage d'éléments composites empruntés partiellement à la nature et partiellement à la culture. Elle constitue la démarche fondamentale grâce à laquelle, par laquelle, mais surtout en laquelle, s'accomplit le passage de la nature à la culture » (C. Lévi-Strauss, *op. cit.*, p. 28).
3. C. Lévi-Strauss, *op. cit.*, p. 29.

## La régulation de l'activité erotique 15

comme de l'ordre de l'animalité. Cet interdit premier est de nature sexuelle.

Dans son essai, *Totem et tabou*, Freud explique l'intériorisation de cette prohibition à partir du mythe de la horde primitive. Le père de la horde monopolisait par la violence l'accès aux femmes, c'est pourquoi les fils organisent une révolte contre le père tout-puissant et ils finissent par le tuer ; afin d'éviter un retour au système de la horde primitive, les hommes instaurent la loi de l'exogamie en renonçant à l'inceste. Pour la psychanalyse, le passage entre la horde primitive et l'échange des femmes marque le commencement de la culture et de l'humanité.

Dans toutes les sociétés, il existe des règles qui interdisent les unions incestueuses, aussi bien sous la forme de la punition de relations sexuelles entre parents que sous la forme des empêchements au mariage. Si l'inceste par consanguinité et par alliance était déjà interdit par le droit romain<sup>1</sup>, l' glise catholique introduira plus tard des nouvelles formes de parent s prohibées, telle l'affinité spirituelle provenant du baptême entre les parrains, la personne baptisée et leurs proches parents. Comme le montrent plusieurs études historiques, c'est par le biais de la sexualité que le clergé exercera, tout au long du Moyen âge, un contrôle constant sur les populations<sup>2</sup>.

  partir de ce constat universel – l'interdit de l'inceste –, la sexualité apparaît ainsi comme la principale activité humaine donnant naissance au monde normatif et à la règle de droit. Comme le note M. Gaudelier, « la prohibition de l'inceste consiste à faire du social avec du sexuel »<sup>3</sup>. La sexualité devient ainsi l'élément fondamental de l'activité humaine, celui qui nous permet de comprendre la dynamique profonde de la vie en société. La règle de l'interdit de l'inceste apparaît donc comme la matrice des normes et le critère principal,

1. Non pas pour des raisons morales ou de risque génétique mais tout simplement pour éviter une confusion de r les au sein des familles.  pouser sa s ur impliquait, en effet, ajouter le statut de mari à celui de frère provoquant ainsi un désordre dans l'institution matrimoniale.

2. A. Burgui re, « "Cher cousin" : les usages matrimoniaux de la parenté proche dans la France du XVIII  siècle », *Annales*, 1997, vol. 52, p. 1139-1360.

3. M. Gaudelier, *Au fondement des sociétés humaines. Ce que nous apprend l'anthropologie*, Paris, Albin Michel, 2007.

## 16 *Le droit des sexualités*

encore qu'implicite, auquel se réfère tout le système juridique. La régulation de la sexualité devient donc l'activité normative originaire autour de laquelle s'articulent toutes les autres formes de régulation, même si l'inceste en tant que tel n'est plus pénalisé depuis la Révolution française.

La place de la sexualité dans l'univers normatif, tel que les sciences humaines nous le démontrent, ne se traduit pas pour autant par un statut spécifique dans l'ordre du droit. Ainsi, avec la fin de l'hégémonie du discours religieux, l'inceste perd son existence juridique. En renvoyant l'activité érotique à l'intimité de la vie privée, le libéralisme moral du XVIII  siècle met en place un processus politique de banalisation de la sexualité qui trouve son accomplissement avec la laïcisation du droit.

### B - L'INCESTE DANS LE DROIT POSITIF

Premier constat, en dépit du caractère universel de l'interdit de l'inceste, c'est en vain que nous chercherons une disposition juridique nationale le sanctionnant explicitement. En effet, depuis 1791, l'inceste est sorti de la loi pénale dès lors qu'il concerne des personnes majeures consentantes<sup>1</sup>, cependant il existe une sanction juridique indirecte qui intervient dans les circonstances aggravantes pour certaines infractions pénales et dans les cas d'empêchement au mariage et à la filiation incestueuse<sup>2</sup>.

1. Certaines législations contemporaines pénalisent l'inceste. C'est le cas notamment au Canada où est passible d'une peine maximale de quatorze ans toute personne qui « commet un inceste (...), sachant qu'une autre personne est, par les liens du sang, son père ou sa mère, son enfant, son frère, sa s ur, son grand-père, sa grand-mère, son petit-fils, sa petite-fille, selon le cas, a des rapports sexuels avec cette personne » (art. 155 du Code criminel). De même l'article 213 du Code pénal suisse condamne l'inceste en ces termes : « L'acte sexuel entre ascendants et descendants, ou entre frères et sœurs germains, consanguins ou utérins, sera puni de l'emprisonnement. » Ou encore le Code pénal autrichien lequel dans son article 211 punit d'emprisonnement « de pas plus d'un an celui qui accomplit l'acte sexuel avec un parent de ligne droite et d'emprisonnement de pas plus de trois ans celui qui séduit une personne, qui est un parent de ligne ascendante ou descendante ou encore celui qui accomplit l'acte sexuel avec son frère ou sa s ur est puni d'emprisonnement de pas plus de six mois ».

2. L'origine des empêchements au mariage pour consanguinité se trouve dans le droit canonique. En effet, l'article 1078, § 3 du Code canonique dispose : « Il n'y a jamais dispense de l'empêchement de consanguinité en ligne directe ou au second degré en ligne collatérale. »

## La régulation de l'activité erotique 17

Si le droit ne sanctionne pas l'inceste en tant que tel, celui-ci peut constituer une circonstance aggravante lorsque les relations avec le mineur ont été commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif. Tel est le cas des relations consentantes avec un mineur de moins de 15 ans lesquelles sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 à d'amende (au lieu de cinq ans et de 75 000 à lorsqu'il n'existe pas de lien d'ascendance)<sup>1</sup>. Si le mineur a plus de 15 ans et qu'il n'est pas émancipé par le mariage, les relations sexuelles sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 à d'amende lorsqu'elles sont commises par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur le mineur<sup>2</sup>, que le droit considère dans ces cas, qu'il soit consentant ou non, comme une victime. Cette disposition laisse donc en dehors du champ d'incrimination les cas des relations entre ascendant et descendant majeurs (18 ans) ainsi que celui de relations entre collatéraux âgés de plus de 15 ans.

Enfin, le viol est puni de vingt ans de réclusion criminelle (au lieu de quinze ans) « lorsqu'il est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime »<sup>3</sup>.

Civilement, l'interdiction de l'inceste apparaît d'abord dans les empêchements au mariage. Ainsi, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants ou les alliés dans la même ligne<sup>4</sup> et, en ligne collatérale, entre le frère et la s ur<sup>5</sup>. Il est donc permis de célébrer un mariage entre beau-père/bru ou belle-mère/gendre, à condition que la personne qui a crée l'alliance soit décédée ou entre la nièce avec l'oncle ou la tante avec le neveu en cas de naissance d'un enfant<sup>6</sup>. La loi du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité (PACS) a posé le même type de prohibition. Désormais, il résulte de l'article 515-2 du Code civil que, «   peine

1. Art. 227-26 du Code pénal.

2. Art. 227-27-1 du Code pénal.

3. Art 222-24-4 du Code pénal.

4. Art. 161 du Code civil.

5. Art. 162 du Code civil.

6. Sur l'évolution de la prohibition de l'inceste en droit de la famille voir L. Brunet, « La prohibition de l'inceste en droit civil. Un interdit en peau de chagrin », *Informations sociales*, CNAF, 2006/3, n  131 p. 70-77.

## 18 Le droit des sexualités

de nullité, il ne peut y avoir de pacte civil de solidarité entre ascendant et descendant en ligne directe et entre collatéraux jusqu'au troisième degré ».

De même, la loi interdit en France l'établissement d'une filiation incestueuse<sup>1</sup>. Lorsqu'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements   mariage pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit<sup>2</sup>. L'officier d'état civil ne peut pas procéder à la mention en marge d'une reconnaissance qui apparaît nulle en raison de son caractère incestueux et doit prévenir le Procureur afin que celui-ci procède à la nullité.

Le domaine de la prohibition est toutefois circonscrit à l'inceste absolu, c'est-à-dire entre ascendants et descendants et entre frères et sœurs, restant donc en dehors de l'interdit les filiations incestueuses fruits du rapport entre oncle et nièce ou entre tante et neveu. Comme le souligne A. Batteur, « l'objectif est net : l'enfant est destiné à n'avoir officiellement qu'un père ou une mère pour que n'apparaisse pas le fait qu'il est le fruit d'un inceste.   l'égard de l'autre parent, l'enfant demeurera légalement frère, s ur, neveu, nièce, petit-fils ou petite-fille de celui qui est pourtant biologiquement son père ou sa mère »<sup>3</sup>. Le droit impose à l'enfant une filiation unilign aire, si la maternité est établie la paternité ne peut pas l'être et réciproquement. Ainsi, la Cour de cassation a refusé de donner suite à une requête en adoption simple présentée par le père d'un enfant incestueux, reconnu par sa mère et condamné par la même occasion une tentative de détournement de l'institution de l'adoption<sup>4</sup>.

En dehors de ces cas de figure, les rapports incestueux peuvent être condamnés moralement mais se trouvent dépourvus de sanctions juridiques. Une partie de la doctrine, inspirée par quelques législations étrangères, considère qu'il

1. Cette interdiction n'est pas universelle, dans un certain nombre d' tats comme l'Allemagne, l'Autriche, la Croatie, la Gr ce, le Portugal, la Suisse et la Turquie, tout enfant incestueux n  hors mariage peut avoir un lien de filiation légalement établi à l'égard de chacun de ses père et mère.

2. Art. 310-2 du Code civil.

3. A. Batteur, « L'interdit de l'inceste. Principe fondateur du droit de la famille », *RTD civ.*, 2000, p. 759.

4. C. cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 janvier 2004, *Defrénois* 2004, n  8, p. 594 et s.

## *La régulation de l'activité erotique* 19

est nécessaire de faire de l'inceste une figure criminelle à part, car « la spécificité de cette infraction ne résident pas dans la qualification mais dans la situation de la victime. C'est là où la dépendance, l'autorité créent des conditions qui nécessitent un particularisme »<sup>1</sup>. Il existe par ailleurs un puissant lobbying mené par des d'associations<sup>2</sup> qui militent pour la pénalisation des relations incestueuses.

### SECTION II L'ÉVOLUTION DES FONDEMENTS DES INTERDITS SEXUELS : DE LA MÉTAPHYSIQUE AU CONSENSUALISME

La difficulté à penser juridiquement la sexualité de manière objective, comme on peut le faire pour toute autre manifestation de la vie humaine, est étroitement liée à l'histoire du sexe en Occident. En effet, que la sexualité soit la clé pour comprendre le rapport de notre civilisation à la vérité (selon Foucault)<sup>3</sup>, qu'elle se trouve à l'origine de toute forme de répression (comme le croyait Reich)<sup>4</sup> ou qu'elle constitue l'un des éléments déterminants du rapport à soi (comme le prétend la psychanalyse), c'est à l'origine la pensée judéo-chrétienne qui a joué, sans aucun doute, le rôle principal dans les représentations occidentales de la sexualité. C'est pourquoi, une théorie juridique neutre de la sexualité doit d'abord s'affranchir du fondement religieux des interdits sexuels. Il est nécessaire de purger la règle de droit des éléments th olo-

1. Ch. Guéry, « L'inceste :  tude de droit pénal comparé », *Dalloz*, 1998, p. 47.

2. *Collectif français de victimes de l'inceste et l'Association internationale des victimes de l'inceste*.

3. M. Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. 1 : *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1976.

4. W. Reich (1932), *L'irruption de la morale sexuelle*, Paris, Payot, 1972 pour la version française.

## 20 *Le droit des sexualités*

giques lesquels, dans une société pluraliste, ne sont nullement en mesure d'établir une conception commune de la sexualité.

Le traitement exceptionnel que le droit réserve à la sexualité révèle la difficulté à penser juridiquement le sexe d'une manière désacralisée. Durant plusieurs siècles, l'abstinence constituait la norme sexuelle en Occident. Si le mariage apparaît de nos jours comme l'espace de la sexualité légitime, l'idéal sexuel de la civilisation chrétienne fut pendant très longtemps la virginité<sup>1</sup>. Manifestation du p ch  par excellence<sup>2</sup>, le sexe doit être combattu par un exercice constant de l'esprit. Selon l'apôtre Paul, « si vous vivez selon la chair vous mourrez ».  t Matthieu n'h siste pas à utiliser la métaphore de la castration pour faire référence aux vertus de la continence : « Car il y des eunuques qui sont nés tels dès le ventre de leur mère ; il y en a que les hommes ont faits eunuques, et il y en a qui se sont rendus eunuques eux-mêmes, pour gagner le royaume des cieux. »<sup>3</sup>

Le seul antidote au poison de la luxure est la vie monacale. Celle-ci avait énormément influencé les classes dirigeantes du Moyen âge au point de faire de l'abstinence l'horizon sexuel, même au sein du mariage. Le christianisme primitif ne considérait pas la vie maritale comme vertueuse, le mariage n'étant qu'un piètre palliatif, fruit de l'incapacité des humains à se consacrer pleinement au projet divin : « Il vaut mieux se marier que brûler », dit Paul aux Corinthiens.

Ce n'est qu'en 1215, lors du IV  concile de Latran, que l' glise décide d'organiser le partage des différents espaces de la sexualité. Pour ceux qui choisissent la vie religieuse, la virginité et l'abstinence demeurent la règle à suivre, pour les autres il ne reste que le mariage monogamique.   partir du XIII  siècle, le monopole institutionnel de l' glise en matière sexuelle sera incontestable. L'absence de sexe était la condition de la sainteté mais, face à l'impossibilité de suivre cette

1. Pour une étude approfondie de la pratique du renoncement définitif à l'activité sexuelle, voir l'ouvrage magistral de P. Brown, *Le renoncement à la chair. Virginité, célibat et continence dans le christianisme primitif*, Paris, Gallimard, 1995.

2. Selon saint Paul, « la volonté de Dieu, c'est que vous viviez dans la sainteté, que vous vous absteniez de la débauche, que chacun de vous sache user de son corps, qui lui appartient avec sainteté et avec respect, sans se laisser emporter par la passion comme font les païens... » (I Th. 4, 3-5).

3. *Matthieu*, 19, 12.

## La régulation de l'activité erotique 21

voie, en raison des contraintes de reproduction, l' glise concède la sexualité aux hommes mais la réduit au cadre du mariage. Ce fut donc très tardivement que les autorités théologiques considérèrent le mariage comme une institution digne d'estime. Pendant longtemps la méfiance à son égard était de mise car pour le christianisme chaque individu, en tant que créature de Dieu, est porteur d'une humanité à laquelle il ne peut déroger sous peine de compromettre le projet divin. La sexualité (la chair)  tant l'élément le plus exposé au péché, il est tout particulièrement nécessaire de veiller afin qu'elle ne prenne pas le pas sur l'esprit. Fruit de la nature pécheresse de l'homme, la sexualité est un accident dans le projet du Créateur, pour y remédier il faut donc s'en éloigner par un exercice constant de l'âme. Pour les Pères de l' glise, de même que le marchand était toujours susceptible de tomber dans l'usure, les époux pouvaient succomber à tout moment au péché de luxure. Afin d'éviter ce glissement, une réglementation minutieuse fut mise en place : les jours d'accouplement, les gestes permis, les échanges verbaux et surtout la finalité reproductive de l'acte sexuel constituaient la matière principale de l'économie erotique occidentale. Fondée sur les écritures et développée dans les manuels des confesseurs, la condamnation de la sexualité hors mariage a représenté l'assise de la théologie de l'eros : passion, adultère, sodomie, masturbation, concupiscence sont apparus comme des comportements contraires à la morale sexuelle, indépendamment de la volonté de ceux qui les pratiquaient.

Enfin, dans cette conception religieuse, l'ordre sexuel était fondé sur l'ordre divin au sein duquel la suprématie masculine représentait sur terre le patriarcat des Cieux. C'est pourquoi, pendant l'Ancien Régime, le viol de la femme mariée est plus sévèrement puni que celui des célibataires et des enfants. Cette agression constituait, en effet, non pas une violence vis-à-vis de la victime mais un déshonneur vis-à-vis de son mari<sup>1</sup>. Ce n'était nullement l'intégrité physique de la femme que la loi pénale protégeait mais l'honneur du *paterfamilias*.

Au XVIII  siècle, avec l'av nement d'une conception de l'existence fondée sur la volonté individuelle et non pas sur

1. G. Vigarello, *Histoire du viol, XVI -XX  siècle*, Paris, Le Seuil, 1998.

## 22 *Le droit des sexualités*

un quelconque projet salutaire de type métaphysique, ce n'est plus la nature du comportement sexuel qui permet de déterminer la qualité de l'acte mais uniquement sa subordination à une double condition : qu'il soit choisi sans contraintes et qu'il ne nuise à autrui. La modernité produit ainsi un changement axiologique majeur, la valeur cesse désormais d'être contenue dans la substance de l'acte sexuel pour se déplacer vers sa forme. Il suffit que celui-ci soit consenti pour qu'il devienne légitime. Ainsi, certains crimes sexuels comme la sodomie ou le bestialisme<sup>1</sup> cessent d'être poursuivis pénalement.

### A - LA PHILOSOPHIE CONSENSUALISTE

Au début du XIX<sup>e</sup> siècle, grâce à l'impulsion de la philosophie des Lumières, le consentement devient l'élément qui détermine le moment où l'activité sexuelle devient licite. Ce nouveau paradigme se fonde sur l'idée suivant laquelle la légitimité d'un acte repose exclusivement sur la volonté des parties : toute obligation doit être fondée sur la liberté. Une obligation n'est légitime que si elle trouve son fondement dans la volonté individuelle autonome. Ce principe a une portée très vaste car il concerne non seulement la sexualité mais toutes les activités de la vie en société. L' tat s'abstient ainsi de s'immiscer dans la vie privée des individus et la sodomie, l'adultère ou l'inceste, lorsqu'ils engagent des adultes consentants, cessent d'être incriminés.

  la différence de la morale chrétienne qui imposait un sens univoque de la sexualité<sup>2</sup>, l'état la c renonce à une telle prétention : chaque individu est libre de donner à sa sexualité la signification qu'il souhaite. La modernité implique ainsi

1. La zoophilie est aujourd'hui punie uniquement lorsqu'elle implique des sévices envers un animal domestique ou tenu en captivité (art. 521-1 du Code pénal) voir J.-P. Marguenaud, « La personnalité juridique des animaux », *Dalloz*, 1998, p. 205-211.

2. « L'instinct sexuel, s'il est un des plus nobles que le Créateur ait doté l'homme, a une finalité déterminée : il est au service de l'amour conjugal et de la procréation » (*Note de la Commission épiscopale française de la famille*, 23 juillet 1965).

## La régulation de l'activité erotique 23

l'abandon d'une érotique uniformisée au profit d'une conception pluraliste des sexualités qui accorde la même valeur aux différents choix individuels. Désormais, l'état doit uniquement veiller à ce qu'aucune conception de la sexualité ne devienne monopolistique.

Bien que depuis le XVIII  siècle l'idéal individualiste et volontariste imprègne nos catégories politiques et juridiques, s'agissant de la régulation de la sexualité nous trouvons encore bien des obstacles à assumer les valeurs de la modernité. Les principales théories (notamment celles de Beccaria, de Condorcet, de Bentham et de Stuart Mill) qui alimentent l'ordre juridique moderne et selon lesquelles la liberté serait le principe et les contraintes l'exception se trouvent toutefois de nos jours remises en question par le retour progressif d'une conception conservatrice de la sexualité. Face à ce qu'on a désigné comme la « panique morale » et son corollaire la « panique sexuelle »<sup>1</sup>, il semble nécessaire de rappeler le grand principe démocratique fondateur des rapports entre la morale et le droit : la neutralité éthique de l' tat.

### B - LA NEUTRALITÉ MORALE DE L'ÉTAT EN MATIÈRE SEXUELLE

Pour les sociétés démocratiques, l'impartialité morale de l'état constitue la garantie de la liberté des individus. Ce principe se fonde sur l'idée selon laquelle l'état (et le droit) est neutre à l'égard des conceptions substantielles du bien et se limite à énoncer le juste et à garantir, notamment par l'intervention prétorienne, l'équilibre des prestations contractuelles<sup>2</sup>. Le rôle de la puissance publique n'est ni de rendre les citoyens vertueux ni de promouvoir des fins particulières,

1. La panique morale désigne la réaction disproportionnée de certains groupes face à des pratiques culturelles ou personnelles, souvent minoritaires, qu'ils jugent « déviantes » et dangereuses pour la société. Cette angoisse s'appuie sur une vision fauss e ou accordant trop d'importance aux conduites incriminées. Voir Cohen, Stanley, *Folk Devils and Moral Panics*, London, Mac Gibbon Kee, 1972, ainsi que R. Ogien, *La panique morale*, Paris, Grasset, 2004.

2. J. Rawls (1993), *Libéralisme politique*, (trad. C. Audard), Paris, PUF, 1995.

## 24 Le droit des sexualités

mais seulement de garantir les libertés fondamentales. Contrairement à l'état paternaliste, l'état démocratique ne se substitue pas aux choix des individus. C'est à eux seuls de déterminer leur manière de vivre et de décider de ce qui est bon pour la réalisation de leurs objectifs vitaux. Le système politique est ainsi appelé à éviter de prendre position dans le conflit des conceptions du monde qui doit rester confiné à la sphère privée. Ce qui fait qu'une société est juste, « ce n'est pas le *telos*, le but ou la fin qu'elle poursuit, mais précisément son refus de choisir à l'avance parmi des buts et des fins concurrents »<sup>1</sup>. Si l'état ne s'immisce pas à certains moments (liberté négative), il s'engage néanmoins à intervenir à d'autres moments (liberté positive). Il ne décide pas à la place de l'individu, laissant ce dernier libre de mener sa vie comme bon lui semble, en garantissant toutefois l'exercice des droits individuels de manière égalitaire. Tout acte librement accompli dès lors qu'il est dépourvu de conséquences négatives pour autrui doit rester en dehors de la sanction juridique. Cependant, l'état ne peut pas se contenter d'énoncer ce principe, il doit également s'assurer que la liberté soit matériellement effective aussi bien dans les relations que l'individu entretient avec lui-même (autonomie de la volonté) qu'avec les autres ( quilibre contractuel).

Le droit n'a pas à promouvoir une morale sexuelle spécifique sous peine de devenir lui-même immoral. La neutralité éthique garantit le pluralisme puisque l'état s'abstient d'encourager une forme de sexualité au détriment d'une autre. La personne adulte est la seule capable de déterminer ce qui lui convient sexuellement. La liberté devient tyrannie dès lors que l'état prétend connaître mieux que l'individu ce qui est bon pour lui. Seuls l'absence de consentement et le dommage causé à des tiers justifient la sanction du droit.

Assurer à tous les citoyens le libre exercice de leur sexualité est une chose, considérer que certains choix ne peuvent jamais être le fruit d'une élection authentique et les prohiber en est une autre. De quel droit l'état interdirait-il à une per-

1. M. Sandel, « La république procédurale et le moi désengagé », in A. Berten *et al.* (recueil de textes, sous la dir. de), *Libéraux et communautariens*, Paris, PUF, p. 256, 1997.

## La régulation de l'activité érotique 25

sonne d'avoir des relations sexuelles moyennant rétribution et de faire de cela sa profession habituelle ? Pour quelle raison l'état empêcherait-il à une ou plusieurs personnes d'entretenir des rapports sadomasochistes ou de s'adonner à la pornographie lorsque ces activités concernent des adultes consentants ?

L'argument de la dignité humaine, entendu comme attribut de l'humanité<sup>1</sup>, est souvent avancé pour s'opposer au principe de la neutralité  thique. Les autorités de l'état (législateur, juge, administration...) peuvent déterminer ce qui constitue la dignité de la personne et peuvent ainsi la protéger contre elle-même si nécessaire afin de sauvegarder sa dignité<sup>2</sup>. Cette conception de la dignité humaine véhicule une métaphysique de la personne plus proche de la théologie que du droit. Elle actualise la vieille théorie thomiste selon laquelle Dieu est le propriétaire de toute vie et les hommes ne sont que des simples usufruitiers. Son caractère sacré rend à certains égards notre propre personne indisponible et, si aujourd'hui l'état a remplacé le Créateur, la logique sous-jacente demeure la même : une instance supérieure connaît mieux que nous-mêmes ce qui est digne ou indigne pour nous. Il suffit qu'une autorité invoque la dignité humaine pour qu'automatiquement le consentement de l'individu soit invalidé. Comme le note O. Cayla « le concept de dignité humaine est apparu, à ce puissant courant jusnaturaliste antimoderne, comme le moyen idoine (...) de parvenir à réglementer d'abord et surtout le rapport que chacun entretient avec lui-même, afin de lui interdire, au nom d'un impératif éthique supérieur, de disposer de son propre corps d'une manière qui, le reléguant à la qualité de chose, porte absurdement atteinte à sa dignité de personne »<sup>3</sup>.

1. En revanche, dans une conception libérale de la dignité humaine, seule l'individu est à même de définir ce qui constitue sa propre dignité et personne d'autre.

2. Dans un arrêt du 27 octobre 1995, le Conseil d'état a considéré que travailler dans un cirque en vue d'être lancé depuis un canon était pour un nain contraire à sa dignité malgré le fait que cette personne affirmait avoir librement choisi ce travail et que depuis lors elle avait « retrouvé sa dignité » du fait de ne plus survivre avec un RMI, d'avoir un « vrai salaire » et de « nouveaux amis ».

3. O. Cayla, « Le coup d'état de droit ? », *Le Débat*, 1998, n  100, p. 133.

## 26 Le droit des sexualités

### C - L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ DU SUJET ÉROTIQUE

Outre le principe de neutralité éthique de l'état, seul critère compatible avec la laicit , la régulation de la sexualité nécessite une théorie juridique dégagée des résultats de la morale traditionnelle et de la religion. Cette théorie doit se fonder sur les principes généraux qui gouvernent l'autonomie de la volonté en matière contractuelle. Après tout, une relation sexuelle n'est autre chose qu'un contrat entre deux ou plusieurs individus libres et consentants. Bien qu'il n'existe pas en droit français une définition du consentement, le Code civil précise toutefois un certain nombre de faits de nature à entraîner l'altération de celui-ci. Outre la majorité légale, établie à l'âge de 15 ans en matière sexuelle, le consentement doit être dépourvu d'erreur, de dol et de violence. L'erreur existe lorsqu'un contractant s'est trompé sur un élément déterminant de son consentement. Le dol peut être défini comme toute ruse, tromperie, machination ou manœuvre employée pour induire en erreur une personne afin de la conduire à consentir. Enfin, la violence est une contrainte physique exercée sur un individu pour l'amener à entretenir un rapport sexuel. La violence morale, appelée également intimidation, est caractérisée par des menaces ou de chantage sur sa personne ou sur celle de proches. Elle se distingue des autres vices du consentement, en ce qu'elle empêche le consentement d'être libre, alors que les deux autres empêchent le consentement d'être parfaitement éclairé. Il existe également une violence économique dénommée « lésion ». Elle se caractérise par un important défaut d'équivalence, par un déséquilibre financier entre les prestations de chacune des parties au moment de la conclusion du contrat. C'est le cas très frappant des prostituées d'origine étrangère (qui représentent 60 % des contingents de la prostitution à Paris) qui travaillent pour des proxénètes qui s'attribuent d'énormes profits<sup>1</sup>, et ne leur reversent qu'une part très marginale

1. Interpol considère que le revenu moyen d'un proxénète en Europe provenant d'une seule prostituée peut être chiffré à 110 000 à par an (*Rapport n  0459 de l'Assemblée nationale* du 5 décembre 2002, rapporteure Mme Marie-Jo Zimmermann).

## *La régulation de l'activité erotique* 27

des gains de leur travail. Néanmoins, ce qui semble condamnable dans cet exemple ce n'est pas la prostitution en tant que telle mais l'exploitation liée à ce type d'activité.

Les féministes rappellent avec pertinence que le consentement a eu pendant longtemps une valeur différente pour les hommes que pour les femmes, ces dernières ne pouvant consentir qu'à une forme ou à une autre de dépendance<sup>1</sup>. Toutefois, cette critique du consentement ne doit pas mettre fin au consensualisme en tant que principal critère permettant de déterminer la légitimité des comportements sexuels. Le combat des féministes a justement permis que les femmes puissent devenir des actrices autonomes, capables de choisir en toute liberté leur destin aussi bien sur le plan privé que politique. C'est pourquoi, de ce point de vue, lorsqu'une femme décide de se prostituer, il ne faut pas la juger mais l'aider à conquérir les meilleures conditions de travail. Comme le note J. Butler : « Il est incompréhensible que des féministes se désintéressent de ces questions (les conditions économiques, les conditions de sécurité, les conditions de santé – je pense en particulier au sida), trop occupées sans doute par la condamnation morale pour s'occuper des vies concrètes de ces femmes. »<sup>2</sup>

### SECTION III RÉGIME JURIDIQUE DES SEXUALITÉS : DROIT-CRÉANCE OU DROIT-LIBERTÉ ?

Le régime juridique de la sexualité est complexe<sup>3</sup>. La liberté d'entretenir des rapports sexuels apparaît comme le corollaire nécessaire de la liberté de disposer de son propre

1. N.-C. Mathieu, « Quand céder n'est pas consentir », in N.-C. Mathieu ( d.), *L'arraisonnement des femmes : essais en anthropologie des sexes*, Paris,  d. de l'EHESS (Cahiers de l'homme), 1985, p. 169-243.

2. « Une  thique de la sexualité », entretien avec Judith Butler, *Vacarme*, n  22, hiver 2003.

3. D. Borrillo, D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.

## 28 Le droit des sexualités

corps. Entre adultes consentants, l'exercice de la liberté sexuelle relève du droit au respect de la vie privée. Toutefois, dans l'état actuel du droit positif, il n'existe pas un véritable droit subjectif (droit-créance)   la sexualité. Il s'agirait plutôt d'une simple liberté (droit-liberté), c'est-à-dire une prérogative qui n'appelle pas en contrepartie une action positive de la société. Les individus sont ainsi libres d'entretenir des rapports sexuels consentants mais il n'existe aucune obligation de la part de l'état permettant de garantir l'exercice effectif de tels rapports. Contrairement à la pratique religieuse, pour ne prendre que cet exemple, la sexualité n'est pas assurée en prison ou dans les établissements hospitaliers (aumôneries). Les services sexuels des prostitués (hommes ou femmes) sont interdits et, dans l'état actuel des mentalités, il est difficile d'imaginer le remboursement par la Sécurité sociale de tels services pour les personnes handicapées.

La liberté sexuelle se trouve ainsi protégée par certains principes généraux, tels que la liberté de disposer de soi, le respect de la vie privée et la sauvegarde de la dignité humaine. Mais, si les deux premiers principes semblent constituer des véritables fondements de la liberté sexuelle, le troisième, en revanche, apparaît dans la pratique jurisprudentielle actuelle comme une barrière à cette liberté<sup>1</sup>.

Le principe de la libre disposition de soi constitue la pierre de voûte du système juridique moderne. Dans son *Essai sur le pouvoir civil*, Locke considérait que « si la terre et toutes les créatures inférieures appartiennent à tous, du moins chaque homme détient-il un droit de propriété sur sa propre personne, et sur elle aucun autre que lui n'a de droit »<sup>2</sup>. Disposer de sa propre personne implique de disposer également de ses attributs parmi lesquels se trouve la sexualité. Ce vieux principe politico-juridique, contenu aujourd'hui dans l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>, protège

1. C'est souvent au nom de la dignité humaine que les juges s'opposent notamment à la prostitution, la pornographie ou les pratiques sadomasochistes.

2. John Locke (1690), *Essai sur le pouvoir civil*, Paris, PUF, 1953, p. 80.

3. « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la

## La régulation de l'activité erotique 29

le droit à l'épanouissement individuel. Cette faculté implique la possibilité d'établir et d'entretenir des rapports avec d'autres êtres humains, y compris des relations sexuelles, qui constituent l'un des aspects les plus intimes de la sphère privée et se trouvent à ce titre protégées par cette disposition. Le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle.   cet égard, « la faculté pour chacun de mener sa vie comme il l'entend peut également inclure la possibilité de s'adonner à des activités perçues comme étant d'une nature physiquement ou moralement dommageables ou dangereuses pour sa personne. En d'autres termes, la notion d'autonomie personnelle peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps »<sup>1</sup>. Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre des individus. Il faut dès lors qu'il existe des « raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8, à 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité »<sup>2</sup>. Outre le principe de libre disposition de soi, la liberté sexuelle apparaît également comme un élément de la vie privée et la CEDH, depuis l'arrêt *Dudgeon*<sup>3</sup>, condamne les législations nationales qui font de l'homosexualité une infraction pénale ou une circonstance justifiant l'exclusion de l'armée<sup>4</sup>, la dénégation de l'exercice de l'autorité parentale<sup>5</sup> ou le refus du transfert du bail de location en faveur du partenaire survivant<sup>6</sup>. Le droit à la vie privée a été également l'argument principal permettant la reconnaissance des droits des transsexuels<sup>7</sup>. De même, au niveau national, le TGI de Bordeaux a reconnu que « la vie

sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

1. *Pretty c/ Royaume-Uni*, 29 avril 2002, n  2346/02.
2. *K. A. et A. D. c/ Belgique*, 17 février 2005, nés 42758/98 et 45558/99.
3. *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, série A, n  45.
4. *Lustig-Prean et Becket, Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, 27 novembre 1999, nés 33985/96 et 33986/96.
5. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, 21 décembre 1999, n  33290/96.
6. *Karner c/ Autriche*, 14 juillet 2003, n  40016/98.
7. *Botella c/ France*, 25 mars 1992, non publié ; *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n  28957/95.

### 30 Le droit des sexualités

sexuelle fait incontestablement partie de la sphère privée »<sup>1</sup>, et qu'à ce titre elle est protégée par l'article 8 de la Convention européenne.

Malgré ce principe protecteur de la *privacy*, clairement posé par la Cour, on assiste, aussi bien sur le plan national qu'international, au développement d'un dispositif théorique et à des pratiques de nature anti-libérale fondées sur la prétendue protection de la dignité humaine<sup>2</sup>. Si la prémisses consensualiste a permis d'établir que toute sexualité consentie entre adultes est légitime, le principe de la dignité humaine vient s'opposer aux choix de l'individu, soit parce que l'on considère qu'il n'est pas vraiment libre dans certaines circonstances (comme lorsqu'il s'adonne à la prostitution, par exemple) soit parce que l'on estime que l'individu ne peut pas agir contre sa propre dignité (notamment lorsqu'il consomme de la pornographie). Ainsi, l'argument de la dignité des femmes fut avancé par un courant du féminisme américain pour s'opposer à la pornographie. En ce sens, R. Morgan affirmera que « la pornographie est la théorie et le viol est la pratique ». Cette théorie radicale a eu d'importantes implications dans l'évolution jurisprudentielle nord-américaine. Comme le note J.-F. Gaudreault-DesBiens<sup>3</sup>, le débat politique mené par certaines féministes se déplacera sur la scène juridique grâce à l'élaboration théorique de C. MacKinnon et A. Dworkin selon lesquelles, la pornographie produit un préjudice sérieux aux femmes en les réduisant à des objets sexuels<sup>4</sup>. Or, comme le remarque l'écrivain

1. TGI Bordeaux, 1<sup>re</sup> ch. civ., 27 juillet 2004, *D.*, 2004, *Jur.*, p. 2392, note E. Agostini, et somm. p. 2965, obs. J.-J. Lemouland ; *Gaz. Pal.*, 9 octobre 2004, p. 9, obs. G. de Geouffre de La Pradelle ; *Dr. fam.*, septembre 2004, p. 22, et octobre 2004, p. 24, note V. Larribau-Terneyre ; confirmé par CA Bordeaux, 6<sup>e</sup> ch. civ., 19 avril 2005, *D.*, 2005, IR, p. 1113, et note E. Agostini.

2. Force est de reconnaître que l'expression « dignité humaine » est souvent employée avec une signification très vague, ce qui encourage l'usage inflationniste dont elle fait parfois l'objet. Il arrive même qu'elle soit invoquée afin de soutenir des revendications contradictoires, comme c'est le cas dans le débat sur l'euthanasie, car tant ceux qui sont en faveur que ceux qui sont contre cette pratique font appel à l'idée de dignité humaine. Cependant, la notion de dignité humaine a été systématiquement utilisée pour limiter la liberté sexuelle et non pas pour la garantir.

3. *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Montréal, Liber, Yvon Blais, 2001.

4. C. MacKinnon, A. Dworkin (1983), un « *antipornography civil rights ordinance* » ; ce texte vise à interdire la pornographie en tant que violation des droits des

## La régulation de l'activité erotique 31

J. M. Coetzee, « il existe de nombreuses sociétés où le viol est depuis longtemps la pratique sans que la pornographie n'y ait jamais été la théorie »<sup>1</sup>.

Pour ce courant féministe, la sexualité féminine serait essentiellement différente de la sexualité masculine, c'est pourquoi la pornographie équivaudrait au viol car ce type de fantasme serait exclusivement masculin. Une telle conception produit, en fait, une déresponsabilisation des délinquants sexuels, en les considérant, en tant que mâles, plus dépendants du désir sexuel et, en ce sens, moins libres (et responsables) que les femmes. D'autre part, considérer que la représentation de la sexualité équivaut au viol, ne pourrait-il pas avoir comme effet la banalisation du vrai viol ? Enfin, traiter les femmes systématiquement comme des victimes de la domination masculine, ne concourrait-il pas à une vision sexiste quant à la place des sexes dans la société ?

Le mouvement anti-pornographie (et plus généralement anti-sexe) fondé sur le principe de la dignité humaine a permis indirectement la réactualisation des vieilles catégories morales sur la bonne et la mauvaise sexualité<sup>2</sup>. La ligne de partage n'étant plus, pour les partisans de cette théorie, celle établie par le consentement réciproque mais celle d'un type spécifique de sexualité qui nous rendrait dignes ou indignes selon que l'on choisisse la bonne ou la mauvaise pratique

femmes, l'assimilant à une forme d'injure. Rejeté aux  tats-Unis, ce texte a cependant servi de référence à la décision *Butler* de la Cour suprême du Canada en 1992, concernant la censure de la pornographie. Voir B. Cossman, « Dresser les indisciplinés : les hors-la-loi sexuels et la Cour suprême du Canada, in D. Borrillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005, p. 187.

1. J. M. Coetzee, *Giving Offense. Essays on Censorship*, Chicago et Londres, University of Chicago Press, 1996, p. 81.

2. D. Zillmann et J. Bryant affirment dans leur article « Effect of prolonged consumption of pornography on family values » (*Journal of Families Issues*, vol. 9, n  4, 1988) que l'exposition prolongée à des contenus pornographiques a des effets défavorables, incluant un désintérêt pour les relations monogames et pour la procréation : « Les valeurs reflétées par la pornographie contrastent si violemment avec le concept de famille, et elles détruisent potentiellement les valeurs traditionnelles du mariage, de la famille et des enfants (...) Les scénarios pornographiques sont basés sur des relations sexuelles entre personnes qui viennent de se rencontrer, qui n'ont aucun attachement ou engagement l'une envers l'autre, et qui vont vite se quitter pour ne plus jamais se revoir (...) La gratification sexuelle dans la pornographie ne dépend pas de l'attachement émotionnel, de la gentillesse ou de la compassion, et surtout pas de la prolongation de la relation, car une telle prolongation se traduirait par des responsabilités, un attachement (...) »

## 32 Le droit des sexualités

sexuelle. Il s'agit bien donc d'un jugement de valeur idéologique sur le contenu même de l'acte sexuel<sup>1</sup> : dès lors qu'il est monogame, fondé sur l'amour réciproque et gratuit, le sexe sera considéré comme digne, en revanche le pluripartenariat, la prostitution ou le sadomasochisme, même entre adultes consentants, mériteraient une sanction juridique. Au fond, les défenseurs de la « dignité sexuelle » pensent que toute sexualité dépourvue d'affection est une perversion ou une réification<sup>2</sup> qu'il faut éradiquer. Il est toujours surprenant d'entendre ces voix hausser le ton « contre la marchandisation du sexe » tout en gardant un silence complice lorsqu'il s'agit de dénoncer les conditions matérielles actuelles des travailleuses et des travailleurs du sexe.

### A - DÉMOCRATIE ET DÉMAGOGIE SEXUELLE

La plus grande démocratisation de la sexualité, grâce au combat des féministes d'abord, et au mouvement LGBT par la suite, implique désormais que l'individu peut avoir un choix érotique libre de toutes les contraintes liées à la religion, à la tradition, à la communauté, et même au contrat puisque le mariage peut être rompu à tout moment par le divorce. L'égalité des sexes a permis l'émergence et le développement de l'égalité des sexualités. En effet, le combat pour l'égalité des genres (homme-femme) a précédé celui des homosexuels pour l'égalité des sexualités (homo-h tero). Comme le note le sociologue E. Fassin : « Le débat sur le PACS l'avait déjà montré, la bataille porte sur l'extension du domaine démocratique. Sans doute sommes-nous tous d'accord pour considérer que les choix économiques ou politiques relèvent de la négociation politique. Mais doit-on considérer que les questions sexuelles, qu'il s'agisse de genre ou de sexualité, de mariage ou de

1. Pour une analyse approfondie des réactions que suscite le pluralisme sexuel voir le remarquable ouvrage de R. Ogien, *La panique morale*, op. cit.

2. Un récent pamphlet journalistique prône la réhabilitation de l'amour dans le sexe pour lutter contre « le néolibéralisme qui, en réduisant la sexualité à la consommation de l'autre, surfe sur nos désirs de régression, de transgression » (E. Weissman, *La nouvelle guerre du sexe*, Paris, Stock, 2008).

*La régulation de l'activité erotique* 33

famille, de filiation ou de reproduction, échappent à la délibération démocratique ? Peut-on soutenir l'idée que tout est politique, sauf l'ordre sexuel, qui transcenderait la politique ? On comprend dès lors pourquoi les questions sexuelles sont aujourd'hui stratégiques : elles représentent l'ultime frontière d'une définition des normes qui demeurerait naturelle, et non politique, c'est-à-dire intemporelle, et non pas historique. »<sup>1</sup> L'ordre sexuel auquel fait référence E. Fassin est celui de l'égalité des genres et des sexualités. Depuis cette perspective, la démocratie sexuelle semble être définitivement en marche. Les discriminations sexistes et homophobes sont sanctionnées par la loi, l'union entre personnes de même sexe est reconnue et l'amélioration de la place des femmes dans la vie politique (parité) constitue un objectif commun à l'ensemble des forces politiques françaises. Concernant les homosexuels, même la droite, autrefois très hostile aux unions homosexuelles, a non seulement accepté le PACS mais n'a cessé de l'améliorer en le rapprochant du mariage. De surcroît elle a renforcé le dispositif antidiscriminatoire en matière d'orientation sexuelle. De ce point de vue, on ne peut qu'être d'accord avec le sociologue : en matière d'égalité, la démocratisation sexuelle semble évidente. Toutefois, si nous regardons la démocratie sexuelle non pas à travers le prisme de l'égalité mais à travers celui de la liberté, le constat n'est nullement le même. L'évolution vers l'égalité des sexualités n'est pas accompagnée d'un progrès similaire en matière de liberté sexuelle. Certes, on peut nous dire que l'égalité chasse toujours un peu la liberté, cependant la limitation de la liberté nécessite comme préalable la définition claire et nette du statut des sujets susceptibles de reproduire une situation d'asymétrie. Si le groupe discriminé est constitué principalement par des femmes hétérosexuelles, ce qu'il faudrait limiter ce n'est pas tant la liberté sexuelle de l'ensemble de la population mais plutôt celle des hommes hétérosexuels. Or, notre « démocratie sexuelle » ne fait pas ce type de distinction ; en matière de pornographie, par exemple, on a utilisé l'argument de l'égalité des femmes pour justifier, outre-Atlantique, la censure des films pornographiques y

1. E. Fassin, *L'inversion de la question homosexuelle*, Paris,  d. Amsterdam, 2005, p. 15.

## 34 *Le droit des sexualités*

compris les films gay. De même, s'agissant de la prostitution, l'argument de la domination masculine a été avancé sans tenir compte de l'existence d'une prostitution homosexuelle au sein de laquelle la domination de genre est évidemment absente.

Afin de mesurer effectivement la démocratie de l'ordre sexuel contemporain, prenons donc en compte aussi la variable « liberté ». Autrement dit, outre le genre et l'orientation sexuelle, il faut analyser la démocratie sexuelle en fonction des pratiques sexuelles. Et ceci aussi bien dans sa dimension positive (liberté sexuelle proprement dite) que dans sa dimension négative (sanction des atteintes à cette liberté).

Par ce changement de perspective nous arrivons à un constat diff rent de celui d'E. Fassin. En effet, à côté de la démocratie sexuelle (celle de l'égalité de genre et des orientations sexuelles) se développe une forme de démagogie sexuelle (celle de l'inégalité des pratiques sexuelles peu conventionnelles). Ainsi, parallèlement au débat sur la parité et sur le PACS, un autre combat politique (bien moins visible et bien plus consensuel) s'est livré en France. Combat qui a abouti à la mise en place d'un système de répression d'un certain nombre de pratiques sexuelles, même entre adultes consentants y compris entre personnes de même sexe. En effet, de la pornographie à la prostitution en passant par les pratiques sadomasochistes, quelques lois et un certain nombre de décisions de justice limitent fortement les pratiques sexuelles considérées comme dangereuses pour l'individu, même s'il s'y adonne de plein gré.

La criminalisation du racolage passif, le durcissement de la censure en matière de pornographie, la pénalisation des clients des prostituées<sup>1</sup> ainsi que la sanction des pratiques sadomasochistes entre adultes consentants, constituent des exemples concrets de la limitation croissante de la liberté sexuelle<sup>2</sup>.

1. Comme le proposait Ségolène Royale dans son programme politique.

2. Une récente décision de la Cour européenne des droits de l'homme met en évidence les contraintes à la liberté sexuelle : un fonctionnaire anglais a perdu son emploi après dix-sept ans de bons et loyaux services pour le fait qu'il s'adonnait à des pratiques sadomasochistes dans un club privé. Ces pratiques furent filmées et mises à disposition sur un site internet. Invoquant le respect à la vie privée, il s'est

## La régulation de l'activité érotique 35

Par ailleurs, si l'on se place dans le cadre strict des garanties pénales, force est de constater le caractère démesuré de l'intervention répressive de l'état relative aux infractions sexuelles. Il n'est évidemment pas question de prôner l'impunité des criminels sexuels, il s'agit seulement de porter un regard critique sur le statut spécifique de la sexualité dans notre système pénal.

Il est bien connu que le populisme pénal a toujours servi la cause des démagogues et, en matière sexuelle, il se caractérise par la concurrence de ces trois éléments : la démesure répressive des agressions sexuelles, la survictimisation, et la psychologisation des criminels sexuels.

### Surp nalisation

La criminalité sexuelle est celle qui se trouve aujourd'hui la plus fortement pénalisée. Les statistiques du Conseil de l'Europe font apparaître que les condamnés pour agressions sexuelles détenus représentent 23 % des condamnés définitifs en France, alors que la moyenne européenne est d'environ 5 %. « La France est aussi le premier pays d'Europe pour la longueur des peines prononcées : pour le crime de viol, 85 % des condamnés le sont à une peine de plus de dix ans, contre 12 % en Allemagne, 5 % en Italie, 4 % aux Pays-Bas (...). Le viol et les agressions sexuelles sont la première cause d'incarcération des condamnés. »<sup>1</sup> Le système français est devenu ainsi l'un des plus répressifs : le viol est sanctionné par une peine de quinze ans (contre dix ans dans l'ancien Code pénal) alors qu'au Danemark le même crime est susceptible de huit ans, en Espagne de six à douze ans et en Belgique de cinq à dix ans.

Sont appliquées aux infractions sexuelles également de nouvelles peines complémentaires telle la confiscation des

adressé à la Cour européenne considérant qu'il y avait dans cette affaire une violation de sa vie privée et de sa liberté d'expression. La Cour a déclaré sa requête irrecevable, considérant que les raisons invoquées par les autorités anglaises relatives à la nature du travail de l'agent public (en contact avec des criminels sexuels) ne constituent pas une violation à la Convention (CEDH, *Laurence Pay against the United Kingdom*, 16 septembre 2008, Req. n  32792/05).

1. Syndicat de la Magistrature, *Le sexe et ses juges*, Paris, Syllepse, 2006, p. 18.

## 36 *Le droit des sexualités*

biens qui ont servi ou qui étaient destinés à commettre l'infraction ou qui en sont le produit, ainsi que l'interdiction d'exercer, soit à titre définitif, soit pour une durée de dix ans au plus, une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec les mineurs. De plus, depuis 1998 les délits d'agression sexuelle et d'atteinte sexuelle sont considérés comme une même infraction au regard de la récidive<sup>1</sup>.

### *Survictimisation*

La possibilité pour les associations des victimes d'intervenir dans le procès a permis d'accroître la charge affective au sein du système pénal. F. Gros nous rappelle qu'aujourd'hui « punir c'est permettre à la victime de faire son deuil »<sup>2</sup>, comme si le procès pénal n'avait pas comme but de rendre justice et de restituer un équilibre rompu mais plutôt de mettre en scène un drame compassionnel. Bien que la loi n  2000-516 du 15 juin renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes avait déjà donné à celles-ci un rôle central au sein de la procédure pénale, en matière sexuelle, ce rôle fut particulièrement renforcé.

Le populisme pénal met ainsi la vengeance à la place de la justice et le sentiment de la victime devient l'axe autour duquel doit s'articuler le procès. Avant même le jugement, la victime exige d'être reconnue comme telle, l'espace judiciaire devient ainsi un espace thérapeutique censé soulager la douleur. Il ne s'agit nullement de minimiser la souffrance des victimes mais simplement de rappeler que le système judiciaire n'a pas fonction d'organiser le deuil des victimes (celui-ci doit avoir lieu dans d'autres espaces). Le rôle de la Justice est de déterminer la responsabilité, de sanctionner l'infraction et de rétablir l'ordre après le déséquilibre provoqué par l'infraction, lui demander autre chose semble non seulement

1. Art. 132-16, al. 1, C. pén.

2. « La victime, sujet de droit ou objet politique ? », in *Le sexe et ses juges*, *op. cit.*

## *La régulation de l'activité erotique* 37

dépourvu de pertinence mais signifie surtout un retour en arrière, car cela peut déclencher un processus « vindicatoire » duquel le système pénal moderne a justement essayé de se détacher.

Dans le domaine de la sexualité, cette victimisation a lieu souvent avant même l'ouverture du procès. Certains « experts victimologues » vont, par exemple, considérer que la prostitution est une forme d'exploitation sans tenir compte de la parole des personnes prostituées lesquelles, dans les sociétés développées, déclarent souvent avoir choisi librement cette activité. La victimisation enferme les individus dans un statut passif et empêche à la personne concernée de sortir de cet état psychologique de victime.

Enfin, soulignons que toutes les victimes n'ont pas la même importance. Force est de constater qu'aucune mesure n'est adoptée contre les victimes de violences sexuelles en prison. En effet, l'imposition de la domination hiérarchique se traduit souvent, dans le milieu carcéral, par des viols. Les « pointeurs » (terme utilisé par les détenus pour désigner les criminels sexuels) constituent une population particulièrement exposée dont le taux de suicide est le plus élevé en raison des violences qu'ils subissent<sup>1</sup>, sous l' cil indifférent des autorités pénitentiaires.

### *Psychologisation*

Dans une recommandation du 20 décembre 1996, le Comité national consultatif d' thique (CNCE) indiquait qu'« il serait absurde de décrire un délinquant sexuel type. Toutes sortes de personnalités peuvent être rencontrées chez les auteurs d'infractions sexuelles ». Pourtant, en matière sexuelle, certains juges se comportent comme thérapeutes. Cette « déjudiciarisation » du procès (au profit de la clinique) est particulièrement frappante dans les cas d'infraction sexuelle à la fois par l'introduction d'un traitement psycholo-

1. M. Guillonnet, *Rapport sur les suicides des détenus* (1998-2000), ministère de la Justice, Direction de l'administration pénitentiaire, mai 2000, p. 4-5.

## 38 *Le droit des sexualités*

gique   côté de la peine et par la multiplication d'interventions pluridisciplinaires (psychiatres, assistantes sociales, sexologues...) qui entourent le juge au moment de rendre sa décision.

Malgré l'impossibilité de catégorisation et d'homogénéité clinique des criminels sexuels, l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 1998 affirme que « les auteurs de ces infractions, même s'ils sont jugés pénalement responsables de leurs actes, souffrent dans la plupart des cas de troubles psychiques qui subsistent après l'exécution de leur peine ». C'est pourquoi un suivi sociojudiciaire oblige les auteurs d'agressions sexuelles à se soumettre à un traitement psychiatrique qui peut durer plusieurs années. Ces mesures cliniques étaient dans un premier temps applicables aux infractions sexuelles mais elles se sont élargies postérieurement aux autres infractions graves comme les tortures, les actes de barbarie, le meurtre, la pyromanie...

La réhabilitation légale ne se produit pas à l'expiration de la peine mais à la fin du traitement médical. Comme le souligne D. Coujard, « il n'est pas rare que cette revendication prématurée (victime) conduise à reprocher à un accusé ses dénégations – qui ne sont que l'exercice d'un droit – comme constituant une véritable récidive, un petit viol ou une petite mort supplémentaire. Elle exige le remords, condition du deuil, figure rhétorique désormais incontournable qui suggère que la décision de culpabilité et la lourdeur de la condamnation font partie du traitement. C'est ainsi que naît le rêve indicible de juges en blouse blanche »<sup>1</sup>. Dans ce contexte, la célèbre affaire d'Outreau<sup>2</sup> apparaît moins comme une simple erreur judiciaire que comme le révélateur d'un système pénal qui cherche plutôt à satisfaire l'appétit de vengeance populaire qu'à faire justice.

1. « Le procès, espace juridique ou compassionnel ?, in *Le sexe et ses juges*, *op. cit.*, p. 29.

2. L'affaire d'Outreau de 2005 a représenté un extraordinaire fiasco judiciaire. Toutes les personnes accusées à tort ont finalement été acquittées par la Justice. Elle suscita une émotion dans l'opinion publique et mit en évidence les dysfonctionnements du monde politique, de l'institution judiciaire et des acteurs sociaux, notamment dans la lutte contre la pédophilie et contre les abus sexuels sur mineur.

## *La régulation de l'activité erotique* 39

### B - LA SEXUALITÉ SOUS UN RÉGIME D'EXCEPTION

Les pratiques sexuelles non conventionnelles sont toujours suspectes car elles constitueraient le prélude de la criminalité sexuelle qui, dans nos sociétés sécuritaires, est devenue le paradigme du mal absolu. La dangerosité du crime sexuel va justifier ainsi une qualification juridique particulière. La dérogation du droit commun et la banalisation du traitement exceptionnel de la sexualité mettent en évidence une vision qui à la fois sacralise la sexualité traditionnelle et stigmatise les sexualités moins conventionnelles. Ainsi, sous la pression de l'opinion publique, de la presse sensationnaliste ou tout simplement par conviction morale, les autorités françaises (aussi bien de droite que de gauche) ont mis en place tout au long de ces dernières quinze années un dispositif répressif spécifique pour les agresseurs sexuels. Dès lors qu'une infraction est considérée de nature sexuelle, elle sort du droit commun pour être soumise à un régime spécifique. Cette exceptionnalité est d'autant plus pernicieuse qu'elle s'opère sur le terrain de la loi criminelle. De surcroît, le droit pénal a considérablement étendu le champ de son intervention, allant jusqu'à réprimer des comportements qui apparaissent comme potentiellement dangereux tels que la détention d'images ou de représentations de nature pédophile. Dans ce contexte, peut-on encore considérer comme démocratique un système juridique qui pénètre dans l'intimité de la subjectivité humaine prétendant pénaliser certains fantasmes sexuels ? On peut s'interroger si un dispositif pénal qui, en matière sexuelle, échappe à toutes les garanties de procédure propres au droit commun et place le crime sexuel au même niveau que le terrorisme ou le trafic de stupéfiants est bien conforme à l'état de droit.

En effet, comme pour ces crimes, un véritable régime d'exception a été mis en place par les autorités françaises. Le régime d'exception en matière sexuelle se caractérise par les éléments suivants<sup>1</sup> : 1 / la lourdeur de la peine ; 2 / son

1. L'exceptionnalité de l'infraction sexuelle tend à s'affaiblir à cause de l'extension du dispositif répressif à d'autres crimes (en particulier le fichage et le suivi socio-judiciaire). Il est cependant fort significatif que celui-ci ait commencé par la sexualité.

## 40 Le droit des sexualités

application extraterritoriale ; 3 / le régime de prescription ; 4 / l'accompagnement des mesures cliniques à côté de la sanction juridique ; 5 / l'étendue des moyens par lesquels l'infraction peut être commise ; 6 / la création des fichiers spécifiques, et enfin 7 / l'obligation d'informer les autorités françaises.

1 / La France est comme nous l'avons dit le pays qui réprime le plus sévèrement les infractions sexuelles aussi bien en ce qui concerne les peines encourues que celles effectivement prononcées<sup>1</sup>.   l'exception de l'exhibition sexuelle, les autres infractions n'ont cessé de s'alourdir : le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle alors que l'ancien Code pénal le sanctionnait avec dix ans, les autres agressions sexuelles sans pénétration sont susceptibles de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 à d'amende, exactement comme pour l'homicide involontaire fruit d'une imprudence manifeste<sup>2</sup>. La peine encourue en matière de visionnage de pornographie infantine a été portée à trois ans d'emprisonnement au lieu d'un an dans l'ancien Code.

Les peines se trouvent, de surcroît, alourdies par des nombreuses circonstances aggravantes. Le viol est condamné de trente ans de réclusion lorsqu'il entraîne la mort de la victime même si l'auteur n'avait pas l'intention de tuer. Souvent le juge applique une sanction proportionnellement plus lourde à l'égard des violeurs que des homicides. De plus, pour les crimes sexuels la loi autorise le juge à refuser tout aménagement de la peine (placement à l'extérieur, permission de sortie, semi-liberté, fractionnement...) ce qui lui est prohibé pour d'autres infractions relevant du droit pénal général. Enfin, lorsqu'on regarde le taux de libération conditionnelle, on s'aperçoit que pour les condamnés pour viol celui-ci est de 4,4 % alors que pour les condamnés pour homicide volontaire il est de 8,5 % (chiffres cités par X. Lameyre)<sup>3</sup>.

1. V. X. Lameyre, « La préhension pénale des auteurs d'infractions sexuelles », note *AJ pénal*, 2004, p. 55-56.

2. Art. 221-6-2 Code pénal : « En cas de violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement, les peines encourues (par homicide involontaire) sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 75 000 à d'amende. »

3. *La criminalité sexuelle*, Paris, Flammarion, coll. « Dominos », n  206, 2000.

## *La régulation de l'activité erotique* 41

2 / Les crimes sexuels dérogent les articles 113-6 et 113-8 du Code pénal qui disposent respectivement que la loi française est applicable uniquement si les faits sont punis dans le pays où ils ont été commis et à condition que la victime ait porté plainte. Autrement dit, même si l'acte n'est pas punissable hors du territoire de la République et indépendamment de la volonté de la victime<sup>1</sup>, c'est toujours la loi française qui s'applique de manière extraterritoriale. En effet, le dernier alinéa de l'article 222-22 du Code pénal français dispose : « (...) Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables. » De même, contrairement au droit commun de la représentation en justice d'une victime par une association (qui doit pouvoir justifier qu'elle a reçu son accord), la personne morale peut agir au nom d'une victime étrangère dont elle n'a pas recueilli l'accord.

3 / En droit commun, les délais de prescription sont de dix ans pour un crime et de trois ans pour un délit à partir de la date de l'accomplissement de l'acte. Afin d'élargir les possibilités de poursuivre les auteurs d'infractions sexuelles, les délais de prescription ne commencent à courir qu'à compter de la majorité de la victime<sup>2</sup>. Auparavant, ce point de départ spécifique ne jouait que lorsque l'auteur de l'infraction avait autorité sur le mineur, mais depuis la loi du 17 juin 1998 ces dispositions ont été élargies aux auteurs de crimes sexuels autres que les ascendants légitimes, naturels ou adoptifs, ou personnes ayant autorité sur le mineur victime. La loi du 9 mars 2004 (dite Perben II) a allongé les délais de prescription les portant à vingt ans pour les crimes sexuels sur mineurs (viol, par exemple) et à quinze ans pour les délits sexuels sur mineur (recours à la prostitution, par exemple),

1. En conséquence, la dérogation mentionnée dans l'article 222-22 signifie que la loi française est applicable même sans dépôt d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit ou sans dénonciation officielle par l'autorité compétente.

2. Art. 7, al. 3 Code de procédure pénale : « Le délai de prescription de l'action publique des crimes commis contre des mineurs ne commence à courir qu'à partir de la majorité de ces derniers. »

## 42 *Le droit des sexualités*

en dehors des circonstances aggravantes prévues par les articles 222-30 (notamment, lorsqu'elle est commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime) et 227-26 (lorsque le mineur a été contact  par Internet, par exemple). Dans ce cas, la prescription est également de vingt ans. Ainsi, si un jeune de 18 ans entretient des relations sexuelles consentantes<sup>1</sup> avec une fille de 14 ans qu'il a rencontrée par Internet ou si une fille lesbienne de 18 ans fait l'amour avec sa copine de 14 ans, aussi bien l'un que l'autre peuvent être poursuivis jusqu'à l'âge de 42 ans.

4 / Initialement encouru pour les infractions à caractère sexuel, le suivi sociojudiciaire<sup>2</sup> peut désormais être également appliqué, depuis la loi relative au traitement de la récidive des infractions pénales, aux autres infractions les plus graves<sup>3</sup> : actes de torture et de barbarie, meurtres, pyromanie...

Introduit par la loi du 17 juin 1998 et complété par la loi n  2007-1198 du 10 août 2007, le suivi sociojudiciaire a comme but de prévenir la récidive, notamment en « incitant » fortement les délinquants à se faire traiter psychologiquement. Le suivi sociojudiciaire est prononcé par le Tribunal ou la Cour en complément de la peine principale. Il implique que le condamné devra se soumettre, immédiatement ou à sa sortie de prison s'il est incarcéré, à un suivi judiciaire, social et médical. S'il ne se conforme pas à ces obligations, le condamné devra exécuter une peine de prison supplémentaire. Entre autres mesures, le suivi sociojudiciaire oblige les agresseurs à suivre un traitement psychiatrique qui peut durer, selon la nature de l'infraction, jusqu'à trente ans, et rappelons-le, la réhabilitation légale ne se produit pas à

1. Le consentement du mineur n'efface pas le délit (atteinte sexuelle). Lorsqu'il n'y a pas de consentement, il s'agit d'un crime (agression sexuelle).

2. Article 131-36-1 du Code pénal ; article 131-36-4 du Code pénal.

3. Encourent également la peine de suivi sociojudiciaire, les personnes physiques coupables de :

- crimes d'atteinte volontaire à la vie des personnes (art. 221-9-1 du Code pénal) ;
- crimes d'enlèvement et de séquestration (art. 224-10 du Code pénal) ;
- auteurs de tortures ou d'actes de barbarie (art. 222-48-1 du Code pénal) ;
- destruction, dégradation, détérioration d'un bien appartenant à autrui par substance explosive, incendie ou tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes ;
- auteurs de violences commises au sein du couple (art. 222-48-1 du Code pénal).

## *La régulation de l'activité érotique* 43

l'expiration de la peine mais à la fin du traitement. L'injonction de soins n'est pas obligatoire mais si le condamné ne donne pas son accord, il voit sa peine s'alourdir considérablement.

5 / La même loi de 1998 dans son article 13 incorpore une nouvelle modalit  de commission de l'infraction sexuelle lorsque « la victime est mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications »<sup>1</sup>. Cette circonstance aggrave la sanction. Ainsi, pour une agression sexuelle sans pénétration, la peine passe de cinq ans d'emprisonnement à sept ans, si la victime a été contactée par Internet, par exemple. Ce texte permet également de sanctionner l'individu qui recourt à la prostitution d'un mineur de 15 ans en aggravant les peines de l'atteinte sexuelle sans violence sur mineur lorsqu'elle donne lieu au versement d'une rémunération.

6 / Depuis 1998, il existe un fichier national automatisé destiné à centraliser et à stocker les traces et empreintes génétiques des personnes condamnées pour crimes ou délits sexuels afin de faciliter l'identification et la recherche des auteurs d'infractions sexuelles. Le refus de se soumettre aux opérations de prélèvement ordonnées par les autorités est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 à d'amende. Dans le casier judiciaire figurait déjà l'identité de tous les condamnés pour crime ou délit sexuel même s'ils avaient bénéficié d'amnistie, de gr ce ou de réhabilitation. Les informations sont conservées trente ans en cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement et vingt ans dans les autres cas<sup>2</sup>. Toutefois, l'article 706-54 du Code de procédure pénal précise que le procureur de la République agissant soit d'office, soit à la demande de l'intéressé peut faire procéder à l'effacement des empreintes « lorsque leur conservation n'apparaît plus nécessaire compte tenu de la finalité du fichier ». Des lois successives ont étendu fortement son champ d'application<sup>3</sup>. De plus,

1. Art. 222-28 6  du Code pénal.

2. Art. 706-53-4 du Code de procédure pénale.

3. Loi du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne (art. 56) ; loi du 18 mars 2003 sur la sécurité intérieure (art. 29) ; loi du 9 mars 2004 (dite Perben,

## 44 *Le droit des sexualités*

  partir de l'entrée en vigueur la loi 2004-204 du 9 mars 2004, la France a crée un nouveau fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles (FIJAIS)<sup>1</sup>. L'effacement du casier judiciaire n'emporte pas celui sur le fichier. De surcroît, cette même loi établit que « l'officier de police judiciaire peut faire procéder contre toute personne contre laquelle il existe des indices graves et concordants d'avoir commis un viol, une agression sexuelle ou une atteinte sexuelle à un examen médical et à une prise de sang afin de déterminer si cette personne n'est pas atteinte d'une maladie sexuellement transmissible ». Par ailleurs, une personne même acquittée reste fich e.

La loi du 12 décembre 2005 étend substantiellement la population susceptible de fichage. Le FIJAIS intègre désormais, outre les infractions sexuelles, l'ensemble des procédures concernant les crimes de meurtre ou assassinat (accompagnés de tortures ou d'actes de barbarie), les crimes de tortures ou les actes de barbarie ainsi que les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale. D'où son nouvel intitulé : « fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes ». L'accès à ce fichier est également étendu. Les officiers de police judiciaire pourront accéder aux données dans le cadre de toute enquête de flagrance même si celle-ci ne concerne pas la répression d'infractions sexuelles ou d'actes de violence. Les préfets et certaines administrations de l'état pourront utiliser le fichier pour contrôler l'exercice des activités ou professions impliquant un contact avec des mineurs. Il n'est pas précisé si ce contrôle concerne uniquement les activités soumises à agr ement ou si l'extension concerne l'exercice de l'ensemble des professions impliquant un contact avec des mineurs.

Dans le but de prévenir le renouvellement des infractions sexuelles sur mineurs et de faciliter l'identification de leurs

art. 47) ; loi du 12 décembre 2005 (art. 18) ; loi sur les violences conjugales du 4 avril 2006 (art. 17) ; loi relative à la prévention de la délinquance du 5 mars 2007 (art. 42).

1. « Le fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles constitue une application automatisée d'informations nominatives tenue par le service du casier judiciaire sous l'autorité du ministre de la Justice et le contrôle d'un magistrat. »

## *La régulation de l'activité erotique* 45

auteurs, ce traitement reçoit, conserve et communique aux personnes habilitées, les informations relatives à l'identité et l'adresse du domicile de l'intéressé.

L'enregistrement de l'identité dans le fichier astreint la personne concernée à des obligations particulièrement contraignantes (justification de son adresse une fois par an, déclaration des changements d'adresse, présentation tous les six mois auprès du groupement de gendarmerie). Le non-respect de ces obligations est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 à d'amende<sup>1</sup>.

Les informations sont conservées trente ans en cas de crime ou de délit puni de dix ans d'emprisonnement et vingt ans dans les autres cas.

7 / La révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est punie par la loi pénale sauf pour ceux qui doivent informer les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique. Est également exempt du secret professionnel « le médecin qui, avec l'accord de la victime, porte à la connaissance du procureur de la République les sévices ou privations qu'il a constatés, sur le plan physique ou psychique, dans l'exercice de sa profession et qui lui permettent de présumer que des violences physiques, sexuelles ou psychiques de toute nature ont été commises. Lorsque la victime est mineure, son accord n'est pas nécessaire ; (...) Le signalement aux autorités compétentes effectué dans les conditions prévues au présent article ne peut faire l'objet d'aucune sanction disciplinaire »<sup>2</sup>.

De même, l'article 434-3 du Code pénal dispose : « Le fait, pour quiconque ayant eu connaissance de privations, de mauvais traitements ou d'atteintes sexuelles infligés à un mineur de 15 ans (...) de ne pas en informer les autorités

1. Art. 706-53-5 du Code de procédure pénale.
2. Art. 226-14 du Code pénal.

## 46 Le droit des sexualités

judiciaires ou administratives est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 à d'amende. » Sur le fondement de ce texte, un eccl sastique n'ayant pas dénoncé des actes de pédophilie commis par un prêtre dans son diocèse a pu être condamné<sup>1</sup> ainsi que le directeur d'un coll ge qui avait omis de dénoncer, dès qu'il en a eu connaissance, des faits d'attentats à la pudeur commis sur une élève âgée de 14 ans (alors que la loi n  89-487 du 10 juillet 1989 fait obligation à l'ensemble des services et établissements publics et privés de signaler les cas de maltraitance sur mineur dès qu'ils en ont connaissance)<sup>2</sup>.

L'inflation du dispositif répressif explique que, depuis 1999, le viol et les agressions sexuelles constituent la première cause d'incarcération en France<sup>3</sup>. L'évolution des sanctions montre une claire augmentation des condamnations des crimes sexuels : les condamnés détenus pour une agression sexuelle étaient 4,2 % en 1976, 8 % en 1986 et 14 % en 1996<sup>4</sup>. Selon les statistiques de l'Observatoire national de la délinquance relatives aux infractions sanctionnées, la condamnation pour viol est stable, elle représentait en 2005 un crime sur deux. Par ailleurs, l'effacement de la condamnation de l'auteur d'une infraction sexuelle est devenu presque impossible avec l'établissement des règles dérogatoires en matière de réhabilitation ainsi qu'avec l'introduction de nouvelles modifications du casier judiciaire. En droit commun, la réhabilitation légale (mesure permettant de restituer au condamné, pour l'avenir, tous les droits dont il avait été privé du fait de sa condamnation) est acquise pour toute personne physique qui, dans un délai de trois, cinq ou dix ans selon le type de sentence prononcée, n'a subi aucune condamnation nouvelle. La loi de 1998 a introduit une d ro-

1. TGI Caen, 4 septembre 2001, *Juris-Data*, n  2001-148248, *Dr. pén.*, 2001, chron. 46, obs. L. Leturmy ; Y. Mayaud, « La condamnation de l'évêque de Bayeux pour non-dénonciation, ou le tribut payé à César... », *D.*, 2001, chron. 3454.

2. Cass. crim., 17 novembre 1993, *Bull. crim.*, n  347, *Dr. pén.*, 1994.58, obs. Véron, *Rev. sc. crim.*, 1994.333 et 555, obs. Levasseur.

3. J. Floch, *La France face à ses prisons*, t. I, Assemblée nationale, coll. « Les Documents d'information de l'Assemblée nationale », n  44/2000, p. 60.

4. Source : base SEPT (séries pénitentiaires temporelles), France métropolitaine, DAP/CESDIP.

## *La régulation de l'activité erotique* 47

gation en la matière pour les infracteurs sexuels. En effet, la réhabilitation ne peut être acquise qu'à la fin des mesures prononcées (suivi sociojudiciaire, interdiction d'exercer une activité professionnelle ou bénévole impliquant un contact habituel avec un mineur).

L'exclusion de la mention d'une condamnation du casier judiciaire emporte relèvement de toutes les interdictions, déchéances ou incapacités de quelque nature qu'elles soient résultant de cette condamnation. Sauf pour les mentions relatives aux condamnations pour les infractions d'agressions ou d'atteintes sexuelles<sup>1</sup>. Ces infractions se trouvent également exclues de l'amnistie présidentielle.

L'application extraterritoriale de la législation française dans les pays où les infractions sexuelles n'existent pas, le régime dérogatoire de la prescription, la prise en compte des moyens par lesquels le crime peut être commis, la mise en place des fichages spécifiques, l'application des mesures psychiatriques et l'incitation à la délation font de la délinquance sexuelle un type de criminalité plus proche du terrorisme que des infractions du droit pénal général. Ce régime d'exception en matière sexuelle peut s'expliquer comme le résultat de la sacralisation de la sexualité (puritanisme) et de la « panique morale » qui en résulte. Le crime sexuel apparaît de nos jours comme le crime absolu, il ne mérite pas uniquement une sanction, il faut également que cette punition soit particulièrement exemplaire et surdimensionnée. Tout cela montre, comme le souligne l'ancien garde de Sceaux, R. Badinter, que « nous sommes entrés dans des temps où le délinquant sexuel, quoi qu'il ait fait, est considéré comme l'être asocial, le porteur de dangerosité par excellence. Nous avons déjà une des législations les plus répressives d'Europe dans ce domaine. Et maintenant voici revenu, pour eux, le temps de la stigmatisation, comme dans un passé qu'on croyait révolu »<sup>2</sup>.

1. Art. 775-1 du Code procédure pénale.
2. *Libération*, 9 février 2004, p. 39-40.

## 48 Le droit des sexualités

### C - LES BARRIÈRES   LA SEXUALITÉ CONSENTIE ENTRE ADULTES

Le traitement exceptionnel que la loi réserve au sexe ne se limite pas aux infractions, il s'étend également à la sexualité consentie. Ainsi, même si aucune disposition du Code pénal ne sanctionne expressément la prostitution, les moyens pour l'exercer (racolage<sup>1</sup>) sont expressément prohibés. Il semble ainsi légitime de se demander si l'on peut encore parler de liberté dès lors qu'il n'existe aucune possibilité licite d'annoncer un service sexuel.

Dans la réalité, si la prostitution subsiste et se développe ce n'est que d'une manière clandestine. Paradoxalement, la réforme introduite par la loi du 18 mars 2003 cherchait à lutter contre les trafics et les réseaux de proxénètes mais le refus de toute forme de réglementation du « travail sexuel » a rendu la situation des prostituées encore plus précaire et dangereuse. Au lieu de traiter la prostitution comme un métier et de chercher à mettre en place des bonnes conditions pour son exercice, en autorisant par exemple la création de syndicats de personnes prostituées ou en adoptant certaines règles relatives à l'emploi (salaire, retraite, vacances, sécurité sociale, hygiène...), les autorités publiques ont, en revanche, considéré que cette activité n'était pas conforme à la dignité humaine. Pourtant, l'état ne se g ne pas lorsqu'il rend impossibles en tant que revenus non commerciaux (activités pourtant illicites) les revenus de la prostitution. Les associations de prostituées ne cessent de dénoncer l'aggravation de la situation dans laquelle se trouvent les travailleuses du sexe après cette réforme l gislativ  qui les a « jetées » hors de la ville en les exposant davantage aux violences de tout genre<sup>2</sup>. Signalons que la répression de la prostitution, par le biais de la notion de racolage, a trouvé l'accord de l'opposition socia-

1. L'étymologie du verbe racoler remonte à une expression latine *ad collum*, signifiant littéralement « se jeter au cou » de quelqu'un.

2. <http://www.cabiria.asso.fr/>.

## La régulation de l'activité erotique 49

liste laquelle, au nom de l'égalité des femmes et de la lutte contre l'esclavage ne s'est pas opposée au dispositif actuel.

Le paternalisme d'état est ici particulièrement manifeste. Alors que le nouveau dispositif a été mis en place pour « protéger » les femmes, aucune association de prostituées n'a été consultée avant le vote de la loi. Les travailleuses du sexe ont été traitées, en quelque sorte, comme des mineures incapables. Celles et ceux qui se sont manifestés pour dire ouvertement qu'ils souhaitent être libres de se prostituer furent considérés comme des victimes de leur propre pensée aliénée.

Une autre situation qui, dans l'état actuel du droit, pose problème à l'exercice de la liberté sexuelle est celle qui concerne les pratiques sadomasochistes entre adultes consentants. Un certain degré de violence maîtrisée fait partie de la nature même de la mise en scène sadomasochiste jusqu'à la limite de provoquer des lésions physiques ou psychologiques. En droit pénal le consentement de la victime n'efface pas la nature criminelle de l'acte et, en ce sens, il est permis de considérer certaines pratiques sadomasochistes comme une forme de violence punissable par la loi. Nommées autrefois « coup et blessures », les violences volontaires constituent actuellement une atteinte à l'intégrité de la personne. Toutefois, comme pour la pratique des sports violents ou les interventions chirurgicales, situation dans lesquelles le consentement de la victime permet de soustraire ces pratiques de la sanction juridique, on aurait pu appliquer un tel dispositif aux pratiques sadomasochistes. Ce ne fut pas le cas. En effet, la CEDH, dans une décision du 19 février 1997 (*Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*), a considéré que les pratiques sadomasochistes librement consenties en privé sans autre but que la recherche du plaisir sexuel et ne provoquant jamais de blessures susceptibles de faire intervenir un médecin ne peuvent pas être protégées par la Convention européenne des droits de l'homme. Dans cette affaire, les requérants avaient été condamnés par la justice britannique à diverses peines d'emprisonnement sous prétexte que « la société a le droit et le devoir de se protéger contre le culte de la violence. Il est pervers de tirer du plaisir de la souffrance d'autrui ». La Cour européenne a fait observer que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de

## 50 *Le droit des sexualités*

l'article 8 (protection de la vie privée) » et « que les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique pour la protection de la santé ».

Plus tard, la même Cour a eu à statuer dans une affaire similaire impliquant cette fois-ci un couple hétérosexuel condamné par la justice belge pour coups et blessures volontaires. Comme dans l'affaire *Laskey*, la Cour a confirmé la sanction des tribunaux belges. Malgré la confirmation de la condamnation des rapports sadomasochistes entre adultes consentants, l'arrêt s'est toutefois fondé non pas sur la « protection de la santé » mais sur un consentement « insuffisamment libre et éclairé de la victime »<sup>1</sup>. Autrement dit, si l'on apporte la preuve d'un consentement parfaitement libre, le sadomasochisme révèle de la vie privée des individus. Ce changement d'optique du juge européen ouvre des nouveaux horizons et, comme nous l'analyserons plus tard, marque une avancée significative vers une conception plus libérale de la morale sexuelle en Europe.

1. *K. A. et A. D. c/ Belgique*, 17 février 2005, Req. nés 42758/98 et 45558/99.

---

## *Liberté, égalité, criminalité sexuelles*

### SECTION I QUESTIONS THÉORIQUES ET TERMINOLOGIQUES

#### A - LE SEXE, LE GENRE ET LES PRATIQUES SEXUELLES

Le sexe est l'ensemble des caractéristiques biologiques qui permettent de distinguer chez la plupart des êtres vivants le m le de la femelle. L'humanité, faisant partie des espèces à reproduction sexuée, possède donc deux sexes permettant l'engendrement. Si le sexe fait référence à la dimension biologique du masculin et du féminin, le genre renvoie aux aspects culturels de cette distinction.

Comme le soulignent, les auteures du *Dictionnaire du féminisme* : « Les sociétés humaines surdéterminent la différenciation biologique en assignant aux deux sexes des fonctions différentes (divisées, séparées et généralement hiérarchisées) dans le corps social en son entier. Elles leur appliquent une grammaire : un genre (un type) "féminin" est imposé culturellement à la femelle pour en faire une femme sociale, et un genre masculin au m le pour en faire un homme social. »<sup>1</sup> Cette distinction entre sexe et genre émerge à la fin

1. H. Hirata, F. Laborie, H. Le Doaré, D. Senotier, *Dictionnaire critique du féminisme*, Paris, PUF, 2<sup>e</sup>  d., 2004.

## 52 *Le droit des sexualités*

des années 1960 chez les féministes anglo-saxonnes et recouvre une évolution majeure de la pensée : la distinction sexe/genre visait donc à mettre en question la réalité de la puissance explicative du sexe biologique, du lien entre les différences biologiques et les différences psychologiques et sociales, jusque-là considéré comme évident et inéluctable. On voit donc l'enjeu tant scientifique que politique de la distinction sexe/genre : montrer que la notion de sexe n'est pas aussi explicative qu'on l'avait prétendu et démontrer la validité d'une approche de la réalité en termes de rapports sociaux de sexe plutôt qu'en termes d'une présumée « nature »<sup>1</sup>. Les r les sexuels sont inculqués depuis l'enfance, en particulier à travers les jouets pour garçons et les jouets pour filles<sup>2</sup>. De même, plusieurs études montrent que les mères font passer leurs croyances sur le genre de diverses façons, véhiculant des messages sur le masculin et le féminin à partir desquels les enfants peuvent bâtir leurs propres croyances essentialistes<sup>3</sup>. Selon l'OMS, « le mot genre sert à évoquer les r les qui sont déterminés socialement, les comportements, les activités et les attributs qu'une société considère comme appropriés pour les hommes et les femmes ». En d'autres termes, les « hommes » et les « femmes » sont des catégories de sexes, tandis que des concepts « masculin » et « féminin » correspondent à des catégories de « genre ». Les aspects de sexe ne changent pas beaucoup d'une société humaine à une autre, tandis que les aspects de « genre » varient considérablement.

Voici quelques exemples, donnés par l'OMS, de ces caractéristiques sexuelles :

- « — Les femmes peuvent avoir leurs menstruations, et tel n'est pas le cas pour les hommes.
- « — Les hommes ont des testicules et les femmes n'ont en pas.

1. B. Borghino, *Genre et sexe : quelques éclaircissements*, <http://www.genreenaction.net/spip.php?article3705>.

2. Isabelle D. Cherney, Hilary J. Harper, Jordan A. Winter, « Nouveaux jouets : ce que les enfants identifient comme "jouets de garçons" et "jouets de filles" », *Enfance*, vol. 58/2006, Paris, PUF, p. 266-282.

3. Susan A. Gelman, Marianne G. Taylor, Simone Nguyen, « Messages implicites ou explicites dans les conversations sur le genre entre mère et enfant », *Enfance*, vol. 58/2006, Paris, PUF, p. 223-250.

« — Les femmes développent des seins et peuvent normalement allaiter.

« — D'une façon générale, les hommes ont de plus gros os que les femmes.

« Constituent, en revanche, de caractéristiques de "genre" les exemples suivants :

« — Dans la plupart des pays, les femmes gagnent sensiblement moins que les hommes pour un travail similaire.

« — Au Vietnam, beaucoup plus d'hommes que de femmes fument, l'habitude de fumer n'étant traditionnellement pas considérée comme convenable pour les femmes.

« — En Arabie Saoudite, les hommes ont le droit de conduire une automobile et les femmes ne l'ont pas.

« — Presque partout dans le monde, les femmes font plus de travaux ménagers que les hommes. »<sup>1</sup>

La sexualité, quant à elle, peut être définie comme l'ensemble des pratiques ou des comportements sexuels accomplis aussi bien par l'individu seul (masturbation) que dans ses rapports avec une ou plusieurs personnes. La sexualité, dans la vision autonomiste que nous adoptons dans cet ouvrage, doit être dissociée de la reproduction biologique<sup>2</sup> de telle sorte que ce n'est pas cet élément « objectif » ou « naturel » qui détermine la valeur de l'acte sexuel mais le vécu subjectif ( rotisme, désir, plaisir, etc.) des individus libres, aussi bien vis-à-vis d'eux-mêmes que dans leurs rapports consentants avec autrui. Le fétichisme, le sadomasochisme, les jeux de r les sexuels, le coût reproductif doivent être considérés comme différentes manifestations de la sexualité humaine aussi légitimes les unes que les autres.

Une approche neutre de la sexualité devrait permettre d'en finir avec la classification juridique « hommes/femmes ». En ce sens, il est permis de questionner la légitimité de l'assignation à l'un ou l'autre sexe dans les actes de l'état civil. Le sujet de droit n'a pas de sexe. Pendant longtemps la différenciation juridique entre le masculin et le féminin a servi à jus-

1. <http://www.who.int/gender/whatisgender/fr/index.html>.

2. La liberté de décider du moment et du nombre d'enfants réduit l'espace de la procréation et la rend marginale dans la vie du couple.

## 54 Le droit des sexualités

tifier l'infériorité des femmes. Or, depuis l'institutionnalisation de l'égalité des sexes, cette distinction a perdu sa pertinence juridique ; néanmoins elle persiste dans les actes de l'état civil.

### B - LE SEXE ET L'ÉTAT DES PERSONNES : L'IDENTITÉ DE GENRE ET L'HERMAPHRODISME

L' tat de la personne est constitué par l'ensemble des règles qui définissent sa personnalité juridique et qui l'individualisent par rapport à sa famille et aux autres membres de la société. L' tat d'une personne comprend principalement ses prénoms et nom de famille, son lieu et sa date de naissance, sa filiation, sa nationalité, sa capacité civile, son domicile, sa situation au regard de l'institution du mariage (célibataire, marié, divorcé) ainsi que son sexe. Le premier alinéa de l'article 57 du Code civil dispose : « L'acte de naissance énoncera le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant et les prénoms qui lui seront donnés... »

L'examen des organes génitaux externes du nouveau-n  détermine :

- l'appartenance à l'un ou l'autre sexe ;
- la reconnaissance de cet état par la société ( tat civil) ;
- l'attribution de prénoms, le plus souvent sans ambiguïté quant au sexe de celui qui le porte.

Il arrive toutefois que l'enfant possède des organes sexuels des deux sexes<sup>1</sup>. En tout état de cause, selon la jurisprudence « tout individu, même s'il présente des anomalies organiques, doit être obligatoirement rattaché à l'un des deux sexes masculin ou féminin, lequel doit être mentionné dans l'acte de naissance »<sup>2</sup>. De surcroît, l'*Instruction générale relative à l' tat*

1. Dans l'Antiquité gréco-romaine l'hermaphrodisme était considéré comme une forme de monstruosité. « les êtres pourvus de deux sexes semblent avoir été impitoyablement éliminés, comme des monstres, c'est-à-dire comme des signes funestes envoyés aux hommes par les dieux pour manifester leur colère et pour annoncer la destruction de l'espèce humaine » (Luc Brisson, *Le sexe incertain. Androgynie et hermaphrodisme dans l'Antiquité gréco-romaine*, Paris, Les Belles Lettres, 1997, p. 9).

2. CA Paris, 18 janvier 1974, *D.*, 1974, p. 196 concl. Granjon.

*civil* précise que « lorsque le sexe du nouveau n  est incertain, il convient d'éviter de porter l'indication "sexe indéterminé" et l'officier d'état civil doit conseiller aux parents de se renseigner auprès de leur médecin pour savoir quel est le sexe qui appar it le plus probable compte tenu, le cas échéant, des résultats prévisibles d'un traitement médical. C'est ce sexe qui sera indiqué dans l'acte, sauf à le faire rectifier judiciairement par la suite en cas d'erreur »<sup>1</sup>.

Appelé autrefois hermaphrodisme, ce phénomène est connu scientifiquement aujourd'hui sous le terme d'intersexualisme<sup>2</sup>. Cas de force majeure, cette situation permet une modification du sexe déclaré, considéré comme résultant d'une erreur matérielle du fait de l'incertitude initiale. Ainsi, la cour d'appel de Versailles a fait suite à la demande de rectification de l'état civil et de changement de prénom d'un enfant ayant présenté dès la naissance des organes sexuels masculins extrêmement insuffisants, puisque finalement le sexe indiqué à l'origine s'était révélé erroné<sup>3</sup>.

En dehors de ces cas particuliers, la Cour de cassation adoptait une position restrictive et n'acceptait les demandes en rectification de l'état civil que dans certaines circonstances exceptionnelles, notamment lorsqu'une personne avait été victime de mutilations ayant conduit à un changement de sexe en période de guerre.

Pendant longtemps la justice française était sourde aux demandes des transsexuels et, même si l'opération de changement de sexe était tolérée, la modification d'état civil leur était refusée au nom de l'indisponibilité de l'état des personnes, principe d'ordre public : « Le transsexualisme, même lorsqu'il est médicalement reconnu, ne peut pas s'analyser en un véritable changement de sexe, le transsexuel, bien qu'ayant perdu certains caractères de son sexe d'origine, n'a pas pour autant acquis ceux du sexe opposé. »<sup>4</sup>

Le transsexualisme (connu également comme dysphorie de genre) est le sentiment d'appartenir au sexe opposé à celui

1. Art. 288.

2. Caractérisé par la présence chez un même sujet de tissu testiculaire et de tissu ovarien séparés ou fusionnés en un seul organe.

3. CA Versailles, 22 juin 2000, *JCP*, 2001 . II . 10595, note Guez.

4. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 21 mai 1990, *Bull. civ.*, I, n  117, p. 83.

## 56 Le droit des sexualités

assign   à la naissance. Le transsexualisme met en évidence la complexité du sexe et de ses diverses composantes : sexe génotypique, sexe phénotypique, sexe endocrinien, sexe psychologique, sexe culturel et sexe social. Lorsqu'il n'y a pas accord entre les aspects biologiques et les aspects psychosociologiques du sexe, certaines personnes se trouvent face à une situation de trouble d'identité de genre. Souvent elles souhaitent se soumettre à une intervention chirurgicale pour rectifier leur anatomie et changer d'état civil. Le refus de mettre en accord les documents d'identité avec le nouveau sexe a été considéré par la Cour européenne des droits de l'homme contraire au respect du droit de la vie privée des transsexuels<sup>1</sup> provoquant un revirement de la jurisprudence française<sup>2</sup>. Désormais, une fois la morphologie modifiée<sup>3</sup> et son comportement social conférant une apparence du sexe revendiqué, la personne transsexuelle peut obtenir le changement de son état civil. Toutefois, si la modification physique n'est pas définitive, le juge refuse également le changement du prénom<sup>4</sup>.

Après l'inscription du changement physiologique dans l'état civil (acte de naissance et autres pièces d'identité), le transsexuel peut exercer tous les droits attachés au nouveau sexe y compris le droit au mariage<sup>5</sup>. La question se pose cependant du devenir du lien matrimonial si la personne transsexuelle était mariée avant le changement de sexe<sup>6</sup>. S'il n'existe pas de problèmes particuliers quand les époux déci-

1. *B. c/ France* du 25 mars 1992, n  13343/87. Cette décision de la CEDH produit un changement de sa propre jurisprudence. En effet dans les affaires *Van Oostervijk c/ Belgique* du 6 novembre 1980, n  7654/76, *Rees c/ Royaume-Uni* du 17 octobre 1986, n  9532/81, *Cossey c/ Royaume-Uni* du 27 septembre 1990, n  10843/84, la CEDH n'avait pas condamné les  tats qui ne modifient pas l'état civil des transsexuels.

2. Ass. plén., 11 décembre 1992, *JCP*, 1995. II. 21991.

3. Le Conseil de l'ordre de médecins autorise la conversion sexuelle depuis 1979 (art. 41 du Code déontologique). Il faut souligner que les juridictions pénales n'ont jamais condamné un médecin pour le crime de castration ni un transsexuel pour automutilation avant même la décision de l'Ordre.

4. CA Nancy, 14 novembre 2003, *BICC*, 1  juin 2004, n  895. L'opération chirurgicale n'est pas obligatoire en Espagne pour procéder au changement de l'état civil des transsexuels.

5. *Goodwin c/ Royaume-Uni*, 11 juillet 2002, n  28957/95.

6. Contrairement à d'autres lois européennes, la loi française n'exige pas que le transsexuel soit célibataire pour lui permettre la rectification de son état civil.

dent de divorcer de commun accord, la difficulté appar t lorsque l'un des époux ne souhaite pas rompre le lien matrimonial. Dans ce cas, le divorce est prononcé par faute constitutive d'une violation des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune<sup>1</sup>. Or, comme le souligne L. Mauger-Vielpeau, « le divorce pour faute ne semble pas constituer la cause de dissolution du mariage adaptée à la situation du transsexualisme. Il est en effet inconcevable d'imputer une faute au transsexuel, autrement dit de qualifier sa démarche de volontaire. Depuis que la Cour de cassation a reconnu qu'il s'agissait d'un syndrome, autrement dit d'une maladie qui justifie, sous certaines conditions, le changement d'état civil, il manque au transsexualisme la condition subjective pour caractériser la faute conjugale au sens de l'article 242 C. civ. »<sup>2</sup>.

La situation devient encore plus violente lorsque les conjoints souhaitent continuer à être mariés. Or, comme cette situation produirait une reconnaissance indirecte du mariage homosexuel (interdit en France), le changement de sexe de l'un des partenaires, rend l'union caduque pour absence d'un élément essentiel d'ordre public, à savoir la différence des sexes.

Concernant les liens de filiation existants avant le changement de sexe, ceux-ci continuent en l' tat. Le jugement rectifiant l'acte d'état civil du transsexuel n'a pas un caractère rétroactif. Ainsi, l'acte de naissance des descendants d'un transsexuel n'est pas modifié et la mention de la décision de changement de sexe du parent n'y figure pas. Le transsexuel ne perd donc pas son statut de parent ni, en principe, l'autorité parentale et les droits qui s'y rattachent. Enfin, bien qu'il puisse adopter, le transsexuel n'a pas accès aux techniques de reproduction médicalement assistée. En effet, la loi réserve la procréation artificielle aux couples hétérosexuels stériles. De même, le transsexuel ne peut pas reconnaître l'enfant de sa partenaire conçu par insémination artificielle avec don-

1. CA Nîmes du 7 juin 2000, *Dr. fam.*, 2001.4, obs. Lécuyer.

2. « Le mariage peut-il "survivre" au transsexualisme d'un époux ? », *Dalloz*, 2002, p. 124.

## 58 Le droit des sexualités

neur<sup>1</sup>. Toutefois, la nullité de la reconnaissance d'un enfant naturel par un transsexuel, après son changement d'état, ne fait pas obstacle à l'octroi d'un droit de visite et d'hébergement au profit de celui-ci<sup>2</sup>.

### C - L'ORIENTATION SEXUELLE

L'orientation sexuelle est le désir affectif et sexuel, l'attirance érotique qui peut porter sur les personnes du même sexe (orientation sexuelle homosexuelle), sur les personnes de l'autre sexe (orientation sexuelle hétérosexuelle) ou indistinctement sur l'un ou l'autre sexe (orientation sexuelle bisexuelle). L'expression « orientation sexuelle » est apparue pour la première fois en 1972 dans une disposition légale au Michigan puis dans deux lois du district de Columbia et de Washington aux  tats-Unis<sup>3</sup> afin de sanctionner les discriminations à l'égard des homosexuels. La *Charte des droits de la personne du Québec* de 1977 fut la première disposition de nature constitutionnelle à instaurer une protection spécifique contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle<sup>4</sup>. Au niveau européen, l'article 13 du traité d'Amsterdam introduit l'expression « orientation sexuelle » dans un dispositif antidiscriminatoire qui oblige les  tats membres de l'Union européenne à adopter des mesures protégeant les gays et les lesbiennes dans les domaines du travail et de l'emploi<sup>5</sup>.

1. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 18 mai 2005, n  02-16.336, *Bulletin*, 2005, I, n  211, p. 179.

2. CA Aix-en-Provence, 6<sup>e</sup> ch. A, 12 mars 2002 (*Dalloz Jurisprudence en ligne*, <http://bu.dalloz.fr>).

3. Dans l'état de Minneapolis l'expression utilisée fut « affectional or sexual preference » (V. W. Eskridge, *Gaylaw : Challenging the Apartheid of the Closet*, Cambridge, Harvard University Press, 1998, p. 130 ; v.  galement l'entrée « Orientation sexuelle », in D. Eribon [dir.], *Dictionnaire des cultures gays et lesbiennes*, Paris, Larousse, 2003, p. 346).

4. Article 10 : « Toute personne a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés de la personne, sans distinction, exclusion ou préférence fondée sur la race, la couleur, le sexe, la grossesse, l'orientation sexuelle, l'état civil... »

5. Cet article est le complément de l'article 12 qui mentionne d j à la discrimination basée sur la nationalité. Le nouvel article prévoit que le Conseil peut prendre les mesures nécessaires en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les croyances, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle.

De même la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* interdit, dans son article 21, les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle<sup>1</sup>. La loi du 16 novembre 2001, suivant une obligation communautaire<sup>2</sup>, introduit en France l'expression « orientation sexuelle » aussi bien dans le Code pénal que dans le Code du travail.

L'orientation sexuelle comprend aussi bien le comportement sexuel et/ou affectif que l'identité sexuelle servant à définir subjectivement la personnalité gay ou lesbienne. L'orientation sexuelle peut donc être considérée comme une conduite choisie (apparent e à la liberté religieuse) ou comme un statut prédéterminé (apparenté à la race). Ainsi, qu'elle soit une pratique, une attitude, une attraction, un statut ou une identité, n'importe quelle discrimination fondée sur l'orientation sexuelle (vraie ou supposée d'une personne) est sanctionnée par le droit.

Si le terme « m eurs » doit être rapproché de l'orientation sexuelle, c'est que l'introduction du premier en 1985 à la liste des discriminations prohibées par le Code pénal (puis dans le Code du travail en 1986 et en 1992), a été explicitement motivée par la volonté du législateur de sanctionner les discriminations visant les homosexuels. Selon le député à l'initiative de cet amendement, « la proposition vise bien entendu les homosexuels »<sup>3</sup>.

  l'occasion de l'addition de l'orientation sexuelle à la liste des motifs prohibés de discrimination par le Code pénal et le Code du travail, le législateur n'a pas pour autant retiré le terme « m eurs ». Pour différentes raisons, cela n'était en tout état de cause pas nécessaire, les termes orientation sexuelle et m eurs n'étant pas redondants. Au contraire, ils se complètent. Tout d'abord, selon le législateur de 1985, l'homosexualité n'est pas la seule situation visée par les m eurs : c'est en effet plus largement une variété de compor-

1. L'article 21 de la Charte dispose : « Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, les origines ethniques ou sociales, les caractéristiques génétiques, la langue, la religion ou les convictions, les opinions politiques ou toute autre opinion, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »

2. Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail.

3. Jean-Pierre Michel, *JOAN*, 24 mai 1985, p. 1103.

## 60 Le droit des sexualités

tements ou d'éléments de fait qui peuvent être retenus sous ce vocable. Des situations distinctes de l'orientation sexuelle, tel le transsexualisme, le travestisme ou certaines pratiques sexuelles non conventionnelles comme l' changisme pourraient, par ce biais, prétendre à une protection contre toute forme de discriminations<sup>1</sup>. Par ailleurs, ces deux expressions sont susceptibles d'être complémentaires. D'une part, l'orientation sexuelle institue la garantie d'une protection égale-ment contre des discriminations en raison de l'hétérosexualité ou de la bisexualité ; à l'inverse, si l'on s'en tenait strictement à l'interprétation des mœurs effectuée par le législateur, seule l'homosexualité pourrait être concernée. D'autre part, sur le modèle de la lutte contre le racisme, le caractère plus large du terme mœurs permet de pallier la difficulté, ou du refus éventuel, de retenir une définition précise de l'homosexualité, de l'hétérosexualité ou de la bisexualité, en offrant notamment au juge un moyen supplémentaire d'appréhender la discrimination motivée par ces circonstances. Tout comme la multiplicité des motifs visés en matière de lutte contre le racisme a montré en pratique son efficacité, en évitant au juge de rechercher *in concreto* quel motif a été retenu par l'auteur (il se contente de constater que les actes poursuivis correspondent à l'une quelconque des catégories énumérées par la loi), la permanence du terme mœurs aux côtés de celui d'orientation sexuelle doit donc concourir à renforcer l'efficacité de la lutte contre ces discriminations.

### D - SEXUALITÉ ET REPRODUCTION :

#### SEXE SANS PROCRÉATION ET PROCRÉATION SANS SEXE

Bien que les rapports sexuels reproductifs aient toujours été extrêmement minoritaires, l'association entre sexualité et

1. Le terme mœurs a servi pour protéger contre certaines discriminations n'ayant aucun lien avec la sexualité. Ainsi la HALDE a considéré que : « Le refus d'embauche d'une personne au seul motif qu'elle fume ou la subordination de son embauche à une condition liée à l'absence de tabagisme constitue une discrimination en raison de ses mœurs, prohibée par les articles L. 122-45 et suivants du Code du travail et les articles 225-1 et 225-2 du Code pénal » (délibération n  2007-32 du 12 février 2007).

reproduction n'a jamais abandonné l'imaginaire populaire. Ainsi, la finalité reproductive a permis traditionnellement de justifier l'activité sexuelle, tolérée uniquement dans ce contexte. En effet, pendant longtemps les pratiques contraceptives furent prohibées en France : une loi de 1920 condamne quiconque aura « décrit ou divulgué, ou offert de révéler des procédés propres à prévenir la grossesse ou encore de faciliter l'usage de ces procédés » et interdit également toute propagande anticonceptionnelle. Seules les méthodes « naturelles » étaient admises : *coitus interruptus*, *Ogino* ou abstinence périodique, *F rin* (méthode des températures), *Billings* ( tude de la glaire cervicale) et enfin la méthode de détection de l'ovulation au moyen de bandelettes réactives urinaires. En 1961 ouvre à Grenoble le premier centre de consultation de planning familial mais il a fallu attendre l'année 1967 pour que l'interdiction de la contraception prenne fin<sup>1</sup>. La loi comporte nonobstant deux restrictions majeures : l'une concernant les jeunes, car « la vente ou fourniture des contraceptifs aux mineurs de 18 ans non émancipés et des contraceptifs inscrits au tableau spécial aux mineurs de 21 ans non émancipés ne peuvent être effectuées que sur ordonnance médicale constatant le consentement écrit d'un des parents ou du représentant légal » et l'autre l'information car, si la contraception artificielle avait cessé d'être prohibée depuis cette année-là, la propagande anticonceptionnelle continuait à être incriminée. En effet, ce n'est qu'en 1987 que la publicité pour le préservatif fut autorisée, à condition néanmoins de le présenter comme outil de protection contre les maladies sexuellement transmissibles et non pas comme moyen anticonceptionnel. Trente et un ans se sont passés entre la première loi et l'autorisation pleine de la contraception, laquelle verra le jour grâce à loi n  91-73 du 18 janvier 1998, permettant la publicité pour le préservatif comme moyen contraceptif. Depuis 1974, la contraception est gratuite et une loi du 13 décembre 2000 permet à une mineure d'accéder à une contraception d'urgence sans l'autorisation de ses parents. Après dix ans de débats parlementaires et l'échec de onze pro-

1. Loi n  67-1176 du 28 décembre 1967 relative à la régulation des naissances.

## 62 *Le droit des sexualités*

positions de loi, le 17 janvier 1975 fut adopté un texte autorisant l'interruption volontaire de grossesse (IVG)<sup>1</sup>. Il prévoyait que l'IVG devait être pratiquée avant la fin de la dixième semaine de grossesse exclusivement dans les hôpitaux publics ou les cliniques privées agréées. Le 31 décembre 1982, cette loi a fait l'objet d'une révision afin de permettre le remboursement de l'acte par la Sécurité sociale. Le 27 janvier 1993, la loi Veil est complétée par la loi Neiertz qui sanctionne pénalement toute entrave à l'IVG. Ces deux dispositions ont définitivement consacré l'avortement comme un droit subjectif de la femme<sup>2</sup>. De surcroît, une nouvelle loi du 4 juillet 2001 dispose un allongement du délai jusqu'à la fin de la douzième semaine de grossesse et l'entretien préalable avec un médecin devient facultatif pour les femmes majeures. Ainsi, un nouvel article L. 2212-1 du Code de la santé publique dispose désormais que « la femme enceinte que son état place dans une situation de détresse peut demander à un médecin l'interruption de sa grossesse. Cette interruption ne peut être pratiquée qu'avant la fin de la douzième semaine de grossesse ». La loi ne donne pas une définition de la détresse laissant à la femme la détermination de cette situation.

En ce qui concerne les mineures non émancipées, le principe du consentement du titulaire de l'autorité parentale ou du représentant légal est aménagé. Bien que l'autorisation parentale reste la règle, elle n'est plus un préalable obligatoire. Si une mineure désire garder le secret, le médecin doit s'efforcer d'obtenir son consentement pour que ses parents soient consultés. En cas de refus, l'IVG pourra néanmoins être pratiquée mais avec l'accord d'un adulte qu'elle aura choisi. Ce dernier sera à la fois conseil et présence mais sans responsabilité civile ou pénale du simple fait de cet accompagnement. Soulignons également que dans les sept semaines d'absence de règles, la femme peut avoir accès à une IVG médicamenteuse (la RU 486, Mifépristone ou Mifégyne®) connu également comme pilule abortive, laquelle interrompt

1. Connu comme loi Veil du nom de la députée qui a défendu le projet dans l'Assemblée nationale.

2. Auparavant, il s'agissait plutôt d'un acte médical et non pas d'un véritable droit subjectif.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 63

la grossesse et provoque l'évacuation de l'œuf, comme lors d'une fausse couche. En 2005, 71 % des personnes sexuellement actives ont déclaré « faire quelque chose pour éviter une grossesse » et, malgré un développement massif de la contraception, le nombre d'IVG reste stable depuis 1975 soit environ 200 000 par an<sup>1</sup>.

La stérilisation est un moyen plus radical de dissocier la sexualité de la reproduction. Elle consiste en la suppression définitive de la capacité de procréer par des agents chimiques ou physiques, par l'excision des gonades et par la ligature des trompes utérines ou des canaux déférents. Depuis 2001, la loi autorise la stérilisation à visée contraceptive pour les personnes majeures ayant exprimé clairement leur consentement<sup>2</sup>. Cette stérilisation chirurgicale pour convenance personnelle est quotidiennement pratiquée en France tant chez l'homme que chez la femme.

La stérilisation effectuée sur une personne handicapée mentale est subordonnée à l'autorisation du juge des tutelles. Ce dernier doit se prononcer sur cette mesure après consultation d'un comité d'experts et doit rechercher systématiquement le consentement de la personne concernée ainsi que l'avis des parents et du représentant légal<sup>3</sup>. Faute de consentement libre et éclairé de la part de l'incapable majeur, la stérilisation ne peut être réalisée que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement<sup>4</sup>.

Cette dissociation entre sexualité et reproduction, grâce aux différents processus que nous venons de décrire, a produit une véritable révolution, d'abord pour les femmes qui ne subissent plus une grossesse non désirée puis pour les homosexuels puisque la reproduction cessera d'être considérée l'élément l gitimateur de la sexualité.

1. N. Bajos, C. Moreau, H. Leridon, M. Ferrand, « Pourquoi le nombre d'avortements n'a-t-il pas baissé en France depuis 30 ans ? », *Populations et Sociétés*, n  407, Paris, INED, décembre 2004.

2. Art. L. 2123-1 du Code de la santé publique.

3. Art. L. 2123-2 du Code de la santé publique.

4. Art. L. 2123-2 du Code de la santé publique

## 64 *Le droit des sexualités*

### *Sexualité et filiation*

La dissociation entre sexualité et reproduction ne signifie pas que le droit se désintéresse compl tement de la biologie à l'heure d'établir un lien parental. En effet, lorsque la filiation repose sur le fait charnel de la procréation, elle est qualifiée de « biologique ».   côté de celle-ci, peuvent exister d'autres formes juridiques de filiation telles que l'adoption (filiation voulue) et la possession d'état (filiation vécue). Le droit établit une présomption de filiation charnelle lorsque « l'enfant a été conçu pendant la période qui s'étend du trois centième au cent quatre-vingtième jour, inclusivement, avant la date de la naissance »<sup>1</sup>. Par ailleurs, l'accouchement est le fondement de la filiation maternelle<sup>2</sup> et la présomption de paternité désigne comme père l'époux de la mère<sup>3</sup>. La conception est présumée avoir eu lieu à un moment quelconque de cet intervalle appelé « période légale de conception ». L'article 411 du Code civil permet à tout enfant dont la filiation paternelle n'est pas légalement établie de réclamer des subsides à celui qui a eu des relations avec sa mère pendant la période légale de la conception. Comme toute présomption, la charge de la preuve incombe à celui qui entend la contester.

La place de la vérité biologique dans l'établissement du lien de filiation doit toutefois être relativisée. Lorsque le droit assimile filiation et engendrement, il le fait avec prudence. En effet, l'accès à la certitude biologique est strictement encadré et limité : l'article 16-11 du Code civil dispose que « en matière civile, l'identification par empreintes génétiques ne peut être recherch e qu'en exécution d'une mesure d'ins-truction ordonnée par le juge saisi d'une action tendant soit à l'établissement ou la contestation d'un lien de filiation, soit à l'obtention ou la suppression de subsides. Le consentement de l'intéressé doit être préalablement et expressément recueilli (...) ». Et si depuis l'an 2000, selon la Cour de cassa-

1. Art. 311 du Code civil.

2.   condition que celle qui a accouché ne refuse pas que son nom soit porté sur l'acte de naissance de l'enfant (accouchement sous X).

3. Selon l'article 312 du Code civil, « l'enfant conçu ou n  pendant le mariage a pour père le mari ».

tion, la preuve scientifique de l'expertise sanguine est de droit, elle ne peut cependant être rapportée qu'à condition qu'il existe des pr sumptions ou des indices graves<sup>1</sup>.

### *Droit de la filiation et différence des sexes*

Comme nous venons de le souligner, la filiation ne repose pas obligatoirement sur le fait biologique. En effet, la dissociation entre engendrement et filiation permet de tracer une ligne de partage entre deux situations qui ne se superposent pas nécessairement. La dimension culturelle cristallisée dans la norme juridique ne rejoint pas forcement la matérialité déterminée par le biologique car le droit n'a pas pour fonction de transcrire une réalité supposée s'imposer à lui. L'accouchement sous X et l'adoption représentent, en ce sens, deux exemples fort significatifs. Ce n'est pas une contrainte naturelle qui noue le lien entre l'adulte et l'enfant mais une manifestation de la volonté. Dans le premier cas, une femme, malgré sa qualité de génitrice et nonobstant l'accouchement, n'a pas le statut de mère. Dans le second, l'adoptant devient parent tout en étant compl tement étranger à la « fabrication » génétique et à la gestation de l'enfant.

Cette indépendance du droit par rapport aux faits lui permet d'organiser un régime familial en fonction d'une logique relativement autonome. Certes, les faits peuvent être à l'origine d'un lien juridique mais il faut encore que cette situation soit prévue par la loi. Cependant, la réalité factuelle est mobilisée par le droit plutôt pour assigner une filiation paternelle que maternelle. En effet, l'exception établie par l'article 341-1 du Code civil autorisant la mère lors de l'accouchement à ne pas révéler son identité (accouchement sous X) ou encore l'article L. 2212-1 du Code de la santé publique qui fait de l'interruption volontaire de la grossesse un droit subjectif de la femme même contre la volonté du mari, montrent bien l'existence d'une dissymétrie entre la volonté féminine, et la contrainte « biologique » masculine. Celle-ci est particulière-

1. 1<sup>re</sup> Civ., 28 mars 2000, n  98-12.806, *Bulletin*, 2000, I, n  103, p. 69.

## 66 Le droit des sexualités

ment frappante dans le cas d'une contestation de paternité par laquelle la mère peut, après dissolution du mariage et à condition de se marier avec le géniteur, remettre en cause la filiation acceptée par son ancien mari, même si ce dernier savait qu'il n'était pas le géniteur. Ces exemples montrent que des situations biologiques identiques produisent des effets différents sur le plan juridique : l'engendrement ne fait pas nécessairement une mère mais il suffit pour désigner le père, et ceci non pas comme la conséquence d'un fait quelconque de la nature mais par la simple volonté de la loi.

Le droit peut construire ces vérités sans se soucier des formes données par la nature, voire ignorer les données biologiques et génétiques. Ainsi, l'adoption plénière permet de créer un lien de filiation *ex nihilo* entre une personne seule et un enfant. Juridiquement donc, l'enfant est issu d'un parent (homme ou femme) et non pas de deux gamètes (spermatozo ide et ovule). S'il ne nie pas cette réalité, le droit l'efface au profit d'une déclaration de volonté validée par le juge. De même, dans le cas de l'assistance médicale à la procréation avec don de gamète, la loi interdit d'établir un lien de filiation entre l'auteur de ce don et l'enfant à naître. Dans le premier exemple, le droit nie la biologie, dans le second tente de l'imiter en cachant soigneusement, pour ce faire, la vérité de l'engendrement.

Le droit jouit donc d'une énorme flexibilité au moment d'assigner un enfant à un couple, voire à un individu. Ainsi, avec l'adoption monoparentale la loi permet de construire un lien de filiation sans référence à la double assignation maternelle et paternelle comme le voudrait l'ordre biologique. De même, la norme juridique ignore certains caractères de l'adoptant. Peu importe que celui-ci soit français ou étranger, qu'il soit athée ou croyant, qu'il soit homme ou femme, homosexuel ou hétérosexuel, la loi réclamera seulement que l'adoptant offre des garanties objectives sur le plan éducatif, familial et psychologique pour élever un enfant.

L'adoption a toujours été envisagée comme une institution permettant d'échapper aux contraintes biologiques ou anthropologiques de la différence des sexes ou encore de la différence des générations. La Grèce antique pratiquait l'adoption pour garantir la postérité.   Rome, l'adoption

 tait une modalit  commune de la filiation civile. Jusqu'à la chute de l'Empire romain, la capacité d'adopter n'était reconnue qu'au *pater familias* de sorte qu'en étaient exclus les femmes, les esclaves et les eunuques.

Influencé par les préceptes de l' glise qui exalte la supériorité de la parenté spirituelle sur celle de la chair, Byzance conservera cette parenté volontaire au-delà du IX<sup>e</sup> siècle dans la mesure où elle était jointe au baptême. Elle l'étendait même à des catégories d'individus jusqu'alors exclus au nom de cette même supériorité de la parenté spirituelle. Glissant vers le parrainage, l'adoption perd progressivement sa signification au Moyen  ge. Ne permettant plus la transmission patrimoniale, l'adoption ne subsiste que comme une institution charitable assurée par les hôpitaux et l' glise. Mais avec l'entrée dans la Renaissance, les philosophes du droit naturel rappellent que les liens sociaux ne reposent plus sur la base de la volonté divine ou de l'hérédité, mais sur une décision libre des individus. Envisagé désormais comme création de l'esprit humain, le droit permet de repenser les liens sociaux à partir de l'individu et cette perspective nouvelle bouleverse la représentation médiévale du lien familial, désormais conçu et vécu autour de lui. La parenté et la filiation n'ont plus l'évidence des liens du sang mais obéissent d'emblée à la loi du sentiment, et Montaigne de rappeler : « Ce que nous engendrons par l'âme, les enfantements de notre esprit, de notre courage et suffisance, sont produits par une plus noble partie que la corporelle (...). »

Aussi, des juristes tels Bodin au XVI<sup>e</sup> siècle et Prost de Royer au XIX<sup>e</sup> siècle redécouvrent l'institution romaine de l'adoption tombée en d suetude au Moyen âge et réclament, dans leurs traités et dictionnaires, ce « droit naturel de donner le nom de fils à celui que le cœur préfère ». Répondant à cette demande, la Révolution française va restaurer l'adoption par un décret du 18 janvier 1792 sans en préciser toutefois le régime juridique. Celui-ci sera posé douze ans plus tard avec le Code Napoléon. Mais l'adoption ne permet d'établir un lien de filiation qu'entre deux majeurs ; il faudra attendre une loi du 19 juin 1923 pour que l'adoption d'enfants mineurs soit possible. Depuis 1966, la loi permet indistinctement à tout individu, célibataire ou engagé dans les liens du mariage

## 68 Le droit des sexualités

et non séparé de corps d'adopter, mais dans ce dernier cas, le consentement du conjoint est nécessaire. De même, elle permet aux couples mariés d'adopter un enfant, une telle possibilité n'étant pas ouverte aux couples de concubins, ni aux couples unis par un PACS. Procédant par degré d'intégration, l'adoption en droit français peut être simple, ou plénière. Dans le premier cas, le lien de filiation adoptive ne se substitue pas à la filiation biologique, il se juxtapose et permet à l'adopté, mineur ou majeur, de conserver le lien avec sa famille d'origine, qu'il s'agisse des droits successoraux ou de la conservation du nom patronymique.

Bien qu'il n'y aurait pas à l'heure actuelle une impossibilité pour les homosexuels de recourir à l'adoption simple, il faut néanmoins rappeler que la jurisprudence et la doctrine ont condamné cette pratique dès lors qu'elle vise à institutionnaliser une relation de couple<sup>1</sup>.

L'adoption plénière est en France celle du droit commun.   la différence de l'adoption simple, elle se substitue à toute filiation antérieure, elle est irrévocable et l'enfant perd tous les liens avec sa famille d'origine, sauf dans les cas de l'adoption de l'enfant du conjoint. Ces deux modèles de filiation adoptive obéissent donc à des régimes juridiques propres.

Pendant longtemps, les parents gays et lesbiens ont été confrontés aux différents problèmes liés à la filiation. Qu'il s'agisse de la garde de leurs propres enfants, du droit de visite lors d'un divorce ou de l'exercice de l'autorité parentale, la justice a tranché contre le père ou la mère homosexuels dans de nombreux contentieux familiaux. Ainsi, la cour d'appel de Paris a transféré la garde des enfants, initialement attribuée à la mère, au père « pour des raisons psychologiques » et parce qu'elle « reçoit fréquemment son amie en présence des enfants » alors que le père offre « un plus grand facteur d'équilibre que le pseudo-foyer de la mère avec la présence intermittente de son amie »<sup>2</sup>. De même, la cour d'appel de Grenoble considéra que « la relation homosexuelle entretenue par la mère à son domicile ayant entraîné une perturbation

1. P. Raynaud, « Un abus de l'adoption simple. Les couples adoptifs », *Dalloz*, 1983, chron., p. 39.

2. CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., section des urgences, 16 mars 1984, *Juris-Data*, n  022604.

psychologique des enfants constitue le motif grave exigé par l'article 292 du Code civil pour modifier l'attribution de l'autorité parentale en confiant celle-ci au père »<sup>1</sup>. Ou encore, la cour d'appel de Rennes a dénié à un père la faculté d'exercer l'autorité parentale sur ses enfants dans la mesure où « ses relations homosexuelles sont immorales et incompatibles avec l'exercice de l'autorité parentale sur des jeunes mineures, cela étant contraire à l'intérêt de leur santé, de leur moralité, de leur éducation et de leur scolarité »<sup>2</sup>. Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme mettra fin à cette jurisprudence en considérant que le refus opposé à un père homosexuel de ses droits parentaux est contraire au respect de la protection de la vie privée et familiale (art. 8) et constitue une discrimination contraire à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>3</sup>.

Concernant l'adoption par des individus homosexuels, pendant longtemps le Conseil d'état validait le refus d'agr ement (contrôle administratif portant sur les conditions d'accueil de l'enfant) opposé à ceux-ci<sup>4</sup>. Dans un premier temps la Cour avait confirmé la légitimité du refus d'agr ement opposé par la France à un candidat gay<sup>5</sup>. Plus tard, dans un arrêt de la Grand Chambre, la Cour produit un renversement de sa jurisprudence en condamnant la France pour violation au droit à la non-discrimination envers Mlle E. B..., une institutrice lesbienne candidate à l'adoption d'un enfant. L'affaire remontait à l'année 1998, lorsque le conseil général du Jura lui avait refusé l'agr ement, en raison de son orientation sexuelle. Ce rejet fut confirmé par le Conseil d'état qui avait statué que « la candidate à l'adoption eu égard à ses conditions de vie et malgré des qualités humaines et éducatives certaines, ne présentait pas des garanties suffisantes sur les plans familial, éducatif et psychologique pour accueillir un enfant adopté » du fait que, se trouvant dans une relation

1. CA Grenoble, ch. des urgences, 20 juillet 1988, *Juris-Data*, n  88-44724.

2. CA Rennes, 6  ch., sect. 1, 27 septembre 1989, *Juris-Data*, n  048660.

3. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, 21 décembre 1999, Req. n  33290/96.

4. D. Borrillo, Th. Pitois, « Adoption et homosexualité : analyse critique de l'arrêt du Conseil d'état du 9 octobre 1996 », in D. Borrillo ( d.), *Homosexualit s et droit*, Paris, PUF, 1998.

5. *Frett  c/ France*, 26 février 2002, Req. n  36515/97.

## 70 *Le droit des sexualités*

stable avec une femme, ne pouvait pas lui offrir un r f rent paternel. Or, depuis 1966 la loi permet indistinctement à tout individu d'adopter. Cette possibilité signifie clairement la consécration des familles monoparentales. Le refus d'octroyer l'agrément pour cause d'absence d'un r f rent paternel est doublement critiquable : d'une part, en autorisant l'adoption individuelle la loi près suppose l'absence de l'autre sexe, d'autre part, le r f rent paternel peut provenir d'autres membres de la famille comme un grand-parent, un oncle ou se produire même en dehors du cercle familial. Comme le note la Cour, « les dispositions pertinentes du Code civil restent muettes quant à la nécessité d'un r f rent de l'autre sexe, cette dernière ne dépendant de toute façon pas des orientations sexuelles du parent célibataire adoptif. Compte tenu de ce qui précède, force est donc de constater que les autorités internes ont opéré une distinction dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle de la candidate, distinction qu'on ne saurait tolérer d'après la Convention »<sup>1</sup>.

La condamnation de la Cour européenne règle la question de l'adoption par les individus homosexuels et permet que s'ouvre à nouveau en France le débat sur l'adoption par les couples de même sexe. Aujourd'hui 7 % de gays et 11 % de lesbiennes sont parents et 30 % souhaitent le devenir. Malgré cette demande croissante, le droit demeure insensible à la question. En effet, seul le couple hétérosexuel stérile et en âge de procréer peut accéder à l'assistance médicale à la procréation. L'adoption plénière conjointe est réservée aux couples mariés et la maternité de substitution demeure une activité prohibée expressément par la loi. De nombreuses lesbiennes vont donc se faire inséminer dans les cliniques belges, espagnoles ou anglaises et des couples gay français signent, outre-Atlantique, des contrats de maternité de substitution afin de concrétiser un projet parental.

Les arguments avancés contre la reconnaissance des droits de filiation pour les couples de même sexe font très souvent référence à l'intérêt supérieur de l'enfant (entendu comme l'intérêt d'avoir des parents hétérosexuels) et à l'ordre sym-

1. *E. B. c/ France*, 22 janvier 2008, Req. n  43546/02.

bolique (supériorité axiologique de l'hétérosexualité sur l'homosexualité) sans que de tels présupposés ne soient vraiment justifiés. Mais, c'est précisément au nom de l'intérêt de l'enfant que l'état devrait reconnaître aux familles homoparentales les mêmes droits et exiger les mêmes obligations qu'aux familles « h t roparentales », comme il l'a fait dans le passé pour les couples concubinaires ou les mères célibataires. De surcroît, si nous nous plaçons dans la perspective du droit de l'enfant, n'est-il pas immoral de continuer à débattre sur la légitimité symbolique des couples de même sexe à adopter alors que, selon l'Unicef, plus de 15 millions d'orphelins dans le monde attendent une famille adoptive pour pouvoir vivre dignement ?

La situation est d'autant plus insoutenable que toutes les études scientifiques démontrent que les enfants élevés par des parents homosexuels mènent une vie aussi épanouie que ceux élevés par des parents hétérosexuels. L'Académie américaine de pédiatrie qui regroupe 55 000 praticiens est sans équivoque lorsqu'elle considère qu'il « n'existe aucun fondement scientifique permettant d'exclure un individu ou un couple homosexuel d'un projet parental ». Dans une étude comparée sur les principales recherches scientifiques, la psychologue Charlotte Patterson de l'Université de Virginie<sup>1</sup>, affirme que rien ne permet de considérer que les familles homoparentales compromettent l'épanouissement psychique des enfants et même, dans certains cas, elle considère que ces familles constituent un meilleur environnement pour l'enfant tout simplement parce que le projet parental pour un couple homosexuel est toujours le fruit d'une longue maturation (les associations évaluent à trois ans le temps mis pour réfléchir avant d'avoir un enfant). De même, une commission d'experts mise en place par le gouvernement suédois en 1999 a analysé les conclusions de 40 études internationales ainsi que les résultats d'une enquête *ad hoc* command e par les autorités du pays. Suite aux recommandations de cette commission, la Suède ouvre en 2002 l'adoption aux couples de même sexe et quelques mois plus tard, l'accès à l'assistance médicale à la pro-

1. Ch. J. Patterson, « Children of lesbian and gay parents », in *Child Development*, 1992, 63, p. 1025-1042.

## 72 *Le droit des sexualités*

création pour les couples de femmes est autorisé dans ce pays. La Belgique, l'Espagne, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, le Canada, l'Afrique du Sud et plusieurs  tats des  tats-Unis (New York, Californie, Vermont, Connecticut, Massachusetts...) autorisent l'adoption conjointe et les procr ations artificielles pour les couples homosexuels. De même, certains pays tels la Belgique, le Danemark et les Pays-Bas permettent la gestation pour autrui.

Malgré toutes les garanties apportées aussi bien par les études scientifiques que par l'expérience internationale, la France refuse de reconnaître l'homoparentalité. En effet, la « Mission parlementaire d'information sur la famille et les droits des enfants » du 25 janvier 2006 s'est opposée à l'égalité des familles homoparentales en avançant l'argument selon lequel il serait impossible de « toucher aux fondamentaux de la filiation qui, jusqu'à preuve du contraire, consistent en un père, une mère et l'enfant ». Le rapport parlementaire va jusqu'à considérer l'homoparentalité comme une « filiation fictive sans réalité ni vraisemblance biologique ». Or, à la différence du droit canonique, la règle civile de filiation ne se confond pas avec la notion biologique de reproduction. S'opposer à l'homoparentalité en invoquant la dimension biologique de la filiation pourrait produire des effets dangereux pour les droits fondamentaux de l'ensemble de la population : va-t-on, dans le futur, supprimer aussi la « filiation fictive » fruit de l'adoption par un couple hétérosexuel ? Va-t-on assigner un père à l'enfant n  d'une mère célibataire contre la volonté de celle-ci sous prétexte que l'intérêt supérieur de l'enfant l'exigerait ? Va-t-on lever le secret sur les origines biologiques et imposer une paternité symbolique à l'enfant issu d'une procréation médicale assistée avec donneur ? Va-t-on désormais faire de la capacité reproductive du couple une condition pour l'accès au mariage puisque comme le souligne la mission parlementaire « le mariage s'est construit autour de l'enfant » ? Aussi, la suppression de l'accouchement sous X, telle que le propose déjà le rapport, ne risquerait-elle pas de mettre dans une situation de détresse les femmes qui ne peuvent pas, ou ne souhaitent pas avorter ?

Le « Manifeste pour la défense du droit fondamental de l'enfant d'être accueilli et de s'épanouir dans une famille

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 73

composée d'un père et d'une mère » signé le 11 janvier 2006 par 171 parlementaires de droite, parmi lesquels se trouvent Christine Boutin, Claude Goasguen, Patrick Balkany et Christian Vanneste, explicite les raisons pour s'opposer à l'homoparentalité : « Il ne nous paraît pas conforme à l'intérêt de l'enfant de permettre son inscription dans une filiation qui ne serait pas structur e sur l'altérité sexuelle des parents, et ce au risque de rendre sa généalogie incohérente et de l'exposer dangereusement à des difficultés d'identification et de structuration de sa personnalité. » En réalité, ce qui pose problème dans l'homoparentalité c'est l'homosexualité des parents car, bien que cela ne soit jamais explicité, il s'agit bien, par une grande partie de la représentation parlementaire, de plaider pour la reproduction symbolique de l'hétérosexualité. Cette posture idéologique ignore le fait essentiel, à savoir que l'orientation sexuelle des personnes ne constitue nullement un handicap pour élever un enfant, la Cour européenne des droits de l'homme l'a rappelé avec force.

E - SEXISME ET HOMOPHOBIE

Sexisme et homophobie vont bien ensemble. Le sexisme est une idéologie inégalitaire qui aboutit à la domination d'un sexe sur l'autre. L'homophobie est l'attitude d'hostilité à l'égard des homosexuels et plus généralement à l'ensemble des individus considérés comme non conformes à la norme sexuelle<sup>1</sup>. L'homophobie apparaît ainsi comme un élément constitutif de l'identité sexuelle qui s'attaque non seulement aux gays et aux lesbiennes, mais également à tout individu qui ne se conforme pas aux normes propres au genre. La logique binaire qui structure la construction de l'identité sexuelle fonctionne par antagonisme. Ainsi, un homme est l'opposé d'une femme, et un hétéro, l'opposé d'un homo. Une société androcentrique comme la nôtre, cultive les valeurs masculines et toute « trahison » à celles-ci ne peut que

1. D. Borrillo, *L'homophobie*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2000.

## 74 *Le droit des sexualités*

déclencher des vives réactions. Ainsi, se rapprocher de la féminité est perçu comme un manque de virilité. C'est pourquoi l'homophobie est aussi nocive pour les hommes hétérosexuels car elle les empêche d'établir entre eux des rapports d'intimité. Contrairement aux femmes, les hommes éprouvent un embarras particulier à manifester leurs sentiments dans les rapports amicaux. Cette barrière à l'intimité semble trouver son origine dans le mode de socialisation masculine. La compétition, la forte appréhension envers la vulnérabilité, le contrôle des sentiments et l'homophobie constituent les éléments qui modèlent la façon d'être un homme. Dans l'(auto)construction de la masculinité, la haine des homosexuels apparaît comme le plus puissant de ces éléments. Selon le processus de socialisation masculine, l'apprentissage du rôle s'effectue en fonction de l'opposition constante à la féminité. La virilité n'est pas donnée d'emblée, elle doit être fabriquée. Le défaut le plus grave de la mécanique virile, c'est la production d'un « p d  ».  tre un homme signifie être rude, compétitif, tapageur ; être un homme implique de mépriser les femmes et détester les homosexuels<sup>1</sup>. Pour un homme hétérosexuel, se confronter à un homme efféminé  veille l'angoisse des caractères féminins de sa propre personnalité. D'autant plus que celle-ci a d  se bâtir en s'opposant à la sensibilité, à la passivité, à la vulnérabilité et à la douceur, autant d'attributs supposés du « sexe faible ». La haine des gays sert ici à la restructuration d'une masculinité fragile, nécessitant constamment de s'affirmer par le mépris de l'autre-non viril : la « tapette » et la femme. Sexisme et homophobie apparaissent donc bien comme les deux faces d'un même phénomène social. Ainsi, l'homophobie fonctionne comme la police du genre qui contrôle tout débordement des frontières des sexes. La croyance sociale en l'existence exclusive de deux sexes, associée à l'attribution corrélative et logique à chacun des individus d'une nature essentiellement masculine ou féminine, permettent la reproduction d'un ordre sexuel présenté comme objectif et naturel.

Comme le sexisme, l'homophobie est une forme d'hostilité à l'égard des comportements opposés aux r les sociosexuels

1. E. Badinter, *XY : de l'identité masculine*, Paris, Odile Jacob, 1994.

pr tablis et consiste en une discrimination envers les personnes qui montrent, ou à qui l'on prête, certaines qualités (ou défauts) attribuées à l'autre genre. Dans les sociétés profondément marquées par la domination masculine, l'homophobie organise une sorte de « surveillance du genre », car la virilité doit se structurer non seulement par la négation du féminin, mais aussi par le refus de l'homosexualité. L'homophobie, d'après le sociologue D. Welter Lang, est « la stigmatisation par désignation, relégation ou violence, des rapports sensibles entre hommes, particulièrement quand ces hommes sont désignés comme homosexuels ou qu'ils s'affirment comme tels. L'homophobie est également la stigmatisation ou la négation des rapports entre femmes qui ne correspondent pas à une définition traditionnelle de la féminité »<sup>1</sup>. C'est ainsi que l'homophobie « sert » à contrôler les dérapages et les glissements du masculin vers le féminin et *vice versa*, de telle sorte qu'une réactualisation constante s'opère chez les individus en rappelant leur appartenance au « bon genre ». Tout soupçon d'homosexualité semble ressenti comme une trahison susceptible de mettre en question l'identité la plus profonde de l'être. Dès le berceau, les couleurs bleue et rose marquent les territoires de cette *summa divisio* qui, de façon implacable, assigne l'individu soit à la masculinité, soit à la féminité. Et lorsqu'on lance l'insulte « p d  ! » on dénonce le plus souvent un non-respect des attributs masculins « naturels », plutôt qu'on ne songe à la véritable orientation sexuelle de la personne.

Le sexisme et l'homophobie se fondent sur l'idée selon laquelle la nature biologique des êtres détermine une forme spécifique d'attribution sociale, de telle sorte que la possession des organes génitaux masculins ou féminins légitimerait un traitement juridique différencié. La femme est de ce fait définie comme distincte de l'homme et pensée au travers de sa fonction reproductrice. Cette idéologie permet d'ordonner un dispositif de r les et de statuts au sein duquel les individus s'ins reraient naturellement. L'être biologique se décline ainsi en homme ou en femme de même que la nuit et le jour. En conséquence, c'est tout naturellement qu'on subit le des-

1. D. Welter Lang, P. Dutey, M. Dorais (dir.), *La peur de l'autre en soi. Du sexisme à l'homophobie*, Montréal, VLB, 1994, p. 20.

## 76 Le droit des sexualités

tin de la nature (mâle/femelle) et qu'on assume sa vocation anthropologique masculine ou féminine. La pensée différentialiste tente ainsi d'enraciner la différence des sexes soit dans le biologique, soit dans le culturel : les femmes, de par leur capacité maternelle, seraient plus altruistes, plus douces et moins ambitieuses que les hommes ; elles feraient preuve d'une plus grande sensibilité et seraient davantage attentives à l'autre. Les hommes, de nature plus agressive, seraient mieux dotés pour la vie extérieure, le commerce et la politique. Tout cela constitue des idées reçues. Loin de représenter des catégories naturelles ou universelles, le masculin et le féminin sont le résultat d'une forme spécifique de socialisation. La distinction des sexes constitue un mécanisme politique d'action et de reproduction sociale qui permet la légitimation tacite des inégalités. Présentée comme anthropologiquement inévitable, cette différence structure notre conception normative sur les propriétés des êtres « nécessairement » sexués. La préservation du dispositif politique de la distinction des sexes implique également la conservation de la différence des sexualités. La croyance en une « nature » féminine et en une « nature » masculine, dissemblables et complémentaires, est à l'origine d'une opinion répandue, selon laquelle seules les relations hétérosexuelles sont à même d'accomplir la véritable rencontre des êtres qui, par leur différence sexuée, auraient vocation à se compléter. Nous sommes en quelque sorte piégés par un système culturel qui nous pousse vers une adhésion aveugle à une logique binaire en matière de genre et de sexualité : on est homme ou femme, homo ou hétéro, et lorsque l'on est homme on doit être masculin et se sentir attiré par les femmes féminines et *vice versa*.

Dans cette logique, les unions homosexuelles sont acceptées sous condition qu'elles ne viennent pas mettre en danger la dimension mod lique du couple hétérosexuel en tant que lieu symbolique au sein duquel la différence des sexes – en tant que valeur politique et culturelle – s'accomplit. La ségrégation des couples apparaît ainsi comme une nécessité anthropologique afin de préserver cette différence. Comme la vieille doctrine de la Cour suprême des  tats-Unis, « *separate but equal* », qui servait à justifier le régime d'apartheid à l'égard des Noirs, l'homophobie différentialiste prétend  loi-

gner les homosexuels du droit commun (en particulier celui du mariage) afin de sauvegarder la suprématie normative de l'hétérosexualité.

L'homophobie est la cause directe de la hiérarchisation des sexualités qui confère à l'hétérosexualité un statut supérieur la situant au rang de naturel, de ce qui va de soi. Dans cet ordre sexuel, le sexe biologique (mâle, femelle) détermine un désir sexuel univoque (hétéro) ainsi qu'un comportement social spécifique (masculin/féminin). Sexisme et homophobie apparaissent donc comme des composantes nécessaires du régime binaire des sexualités. La division des genres et le désir (hétéro)sexuel fonctionnent davantage comme un dispositif de reproduction de l'ordre social que comme un dispositif de reproduction biologique de l'espèce. L'homophobie devient ainsi la gardienne des frontières sexuelles (hétéro/homo) et du genre (masculin/féminin). L'hétérosexualité apparaît ainsi comme l'étalon à partir duquel toutes les autres sexualités doivent se mesurer. C'est cette qualité normative – et l'idéal qu'elle incarne – qui est constitutive d'une forme spécifique de domination appelée hétérosexisme. Celui-ci peut être défini comme la croyance en la hiérarchie des sexualités, plaçant l'hétérosexualité au rang supérieur. Toutes les autres formes de sexualité apparaissent, dans le meilleur des cas, comme incomplètes, accidentelles et perverses, dans le pire, pathologiques, criminelles, immorales et destructrices de la civilisation.

Une autre figure de l'hétérosexisme – plus moderne dans sa rhétorique mais tout aussi violente dans ses déductions – se caractérise par l'interprétation de la différence entre hétérosexualité et homosexualité. Dans cette logique, le traitement différencié de situations différentes ne constitue nullement une discrimination injustifiée. En effet, ce n'est pas au nom d'une hiérarchie ou d'une normativité (ressenties par les secteurs libéraux comme des valeurs négatives) mais en vertu de la protection de la diversité (vécue, en revanche, comme une attitude positive) que l'on s'oppose à l'effacement des frontières juridiques entre les sexualités. De même que pour les nouvelles formes de racisme, l'hétérosexisme différentialiste semble écarter le principe de la supériorité hétérosexuelle au profit de celui de la diversité des sexualités. C'est au nom

## 78 *Le droit des sexualités*

de la différence et non pas au titre d'une quelconque volonté normalisatrice qu'un traitement différencié des gays et des lesbiennes a pu se justifier, les privant notamment du droit au mariage, à l'adoption ou aux techniques de procr ations médicalement assistées. Au nom de cette prétendue pluralité des sexualités et afin de préserver la différence des sexes et des genres, le discours différentialiste réactualise l'ordre hétérosexiste tout en dénonçant les manifestations les plus brutales de l'homophobie. Or l'hétérosexisme différentialiste est aussi une forme d'homophobie, plus subtile certes, mais non moins insidieuse, car, en refusant la discrimination à l'égard des homosexuels, il a pour corollaire une sorte de s gr gationnisme plus ou moins euphémisé.

Le sexisme apparaît, quant à lui, comme une idéologie organisatrice des rapports entre les sexes, au sein de laquelle le masculin se caractérise par son appartenance à l'univers extérieur et politique, tandis que le féminin renvoie à l'intimité et à la domesticité. La domination masculine se reconnaît à cette forme spécifique de violence symbolique qui s'exerce de façon subtile et invisible, précisément parce qu'elle est présentée par le dominant et acceptée par le dominé comme naturelle, inévitable et nécessaire. Le sexisme se caractérise par une constante objectivation de la femme. Comme l'a montré P. Bourdieu : « [Les femmes] existent d'abord par et pour le regard des autres, c'est-à-dire en tant qu'objets accueillants, attrayants, disponibles. On attend d'elles qu'elles soient "féminines", c'est-à-dire souriantes, sympathiques, attentionnées, soumises, discrètes, retenues, voire effacées. Et la prétendue "féminité" n'est souvent pas autre chose qu'une forme de complaisance à l'égard des attentes masculines, réelles ou supposées, notamment en matière d'agrandissement de l'ego. En conséquence, le rapport de dépendance à l'égard des autres (et pas seulement des hommes) tend à devenir constitutif de leur être. »<sup>1</sup>

L'homophobie est un phénomène complexe et varié que l'on entrevoit dans les blagues vulgaires ridiculisant l'efféminé mais elle peut aussi revêtir des formes plus brutales

1. P. Bourdieu, *La domination masculine*, Paris, Le Seuil, 1998.

allant jusqu'à la volonté d'extermination, comme ce fut le cas dans l'Allemagne nazie. L'homophobie, comme toute forme d'exclusion, ne se limite pas à constater une différence : elle l'interprète et en tire des conclusions matérielles<sup>1</sup>. Ainsi, si l'homosexuel est coupable du péché, sa condamnation morale apparaît comme nécessaire, et la purification par le feu inquisiteur fut sa conséquence logique. S'il est apparenté au criminel, son lieu naturel demeure, dans le meilleur des cas, l'ostracisme, dans le pire, la peine capitale, comme cela est encore le cas dans certains pays<sup>2</sup>. Considéré comme malade, il est l'objet du regard médical et doit subir les thérapies que la science lui ordonne, comme les électrochocs utilisés en Occident jusque dans les années 1960. Si des formes plus subtiles d'homophobie affichent une tolérance envers les lesbiennes et les gays, ce n'est qu'à la condition de leur attribuer une place marginale et silencieuse, celle d'une sexualité considérée comme inachevée ou secondaire. Acceptée dans la sphère intime de la vie privée, l'homosexualité devient insupportable lorsqu'elle revendique publiquement l'équivalence avec l'hétérosexualité. L'homophobie est la peur que cette identité de valeur soit reconnue. Elle se manifeste entre autres par l'angoisse de voir disparaître la frontière et la hiérarchie de

1. Invisible, quotidienne, partagée, l'homophobie participe du sens commun, bien qu'elle aboutisse également à une aliénation certaine des hétérosexuels. Une première forme de violence à l'encontre des gays et des lesbiennes se caractérise par le sentiment de peur, de dégoût et de répulsion. Il s'agit d'une véritable manifestation émotive de type phobique comparable à l'appréhension que l'on peut ressentir dans les espaces fermés (claustrophobie) ou vis-à-vis de certains animaux (zoophobie). Si cela a été le sens originaire donné au terme « homophobie », celui-ci est vite apparu comme extrêmement limité, ne recouvrant que très partiellement l'étendue du phénomène. En effet, cette forme brutale de violence répond uniquement à une attitude irrationnelle qui trouve ses origines dans des conflits individuels. D'autres manifestations moins grossières, mais non moins insidieuses, exercent leur violence quotidiennement. Cette autre figure de l'homophobie plus euphémisée et de type social prend ses racines dans l'attitude de mépris constitutive d'une façon ordinaire d'appréhender et de catégoriser l'autre. Si l'homophobie affective (psychologique) se caractérise par la condamnation de l'homosexualité, l'homophobie cognitive (sociale) prétend simplement maintenir la différence homo/hétéro, en prônant à cet égard la tolérance, forme polic e de la clémence des orthodoxes envers les hérétiques. Dans ce dernier registre, nul ne rejette les homosexuels mais personne ne trouve choquant qu'ils ne jouissent pas des mêmes droits que les hétérosexuels.

2. Au Nigeria les homosexuels sont condamnés à la peine de mort par lapidation. En vingt-six ans, l'Iran a exécuté près de 4 000 personnes, hommes et femmes, reconnues coupables du seul crime d'homosexualité. L'Arabie Saoudite, l'Afghanistan, la Mauritanie, le Soudan, le Yémen, le Pakistan et les  mirats arabes unis sanctionnent également les rapports entre personnes de même sexe avec la peine de mort.

80 *Le droit des sexualités*

l'ordre hétérosexuel. Elle s'exprime par l'injure et l'insulte quotidiennes mais apparaît aussi sous la plume de professeurs<sup>1</sup>, d'experts ou au cours des débats publics.

SECTION II  
LA LIBERTÉ SEXUELLE

Dans une société démocratique, la liberté sexuelle consiste en la capacité de l'individu à agir  rotiquement sans contraintes. L'autonomie de la volonté et le consentement constituent ses piliers. Comme toute autre liberté, la liberté sexuelle est composée de deux éléments indissociables. D'une part, le droit subjectif de l'individu en tant que faculté de s'exprimer sexuellement selon ses propres choix et, d'autre part, la créance sur tous les autres membres de la société qui doivent s'abstenir d'intervenir dans cette sphère de la vie privée. En fonction de cette conception de la liberté, la seule limite serait l'absence de préjudice à autrui sans lequel, en principe tout acte sexuel accompli entre adultes consentants doit être considéré légitime.

Aborder ainsi cette manifestation du comportement humain semble dépourvue d'originalité. Elle s'inspire de la démarche traditionnelle du juriste lorsqu'il analyse les différentes libertés protégées par la règle de droit. Après tout, si la libre disposition de sa propre personne apparaît comme la condition *sine qua non* de l'exercice des autres libertés, rien de plus évident que de garantir la liberté sexuelle comme l'on protège tout autre choix individuel. Toutefois, en adoptant cette méthode, on est confronté au paradoxe suivant : nos sociétés modernes qui se croient affranchies de la morale traditionnelle continuent à faire preuve d'une étonnante obsti-

1. Voir D. Borrillo, « Fantasm s des juristes *vs ratio juris* : la doxa des privatisistes sur l'union entre personnes de même sexe », in D. Borrillo, E. Fassin et M. Iacub (dir.), *Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité*, Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1999.

nation à refuser d'appliquer, en matière sexuelle, les principes généraux du droit.

Alors que l'étude des libertés générales bénéficie d'une place centrale dans les ouvrages juridiques et les traités de sciences politiques, celle relative à la liberté sexuelle demeure marginale, voire inexistante. Nous chercherons en vain la protection de cette liberté dans les conventions internationales, les chartes des droits de l'homme ou les constitutions. En revanche, dès qu'il s'agit de garantir d'autres espaces d'autonomie, tels ceux relatifs à la liberté de culte, de commerce, de circulation ou d'opinion, les références abondent. Il est unanimement admis que sans un régime protecteur de ces libertés nos démocraties seraient vid es de leur substance. Par contre, les restrictions à la liberté sexuelle sont souvent acceptées sans discussion au nom de la morale publique, de l'égalité des sexes, de la santé ou de la dignité humaine.

Si le savoir, la propriété, l'art ou le commerce sont protégés par les textes constitutionnels comme composantes essentielles de la vie humaine, la sexualité, quant à elle, est systématiquement présentée sous un angle négatif ou dans sa seule dimension reproductive. C'est d'abord en relation aux contraintes que la sexualité émerge à la surface du droit. En effet, ce ne sont pas les manuels de droit civil ou de libertés publiques qui traitent cette question mais les traités de droit pénal. Si la sexualité vient d'acquérir récemment une place importante dans les normes internationales des droits de l'homme, ce n'est que par le biais des droits reproductifs. La *Conférence internationale sur la population et le développement* de 1994, aborde le problème à partir du paradigme démographique au sein duquel la liberté sexuelle est réduite au droit à ne pas se reproduire. La difficulté à se déprendre de la vision instrumentaliste qui n'aborde la sexualité que par rapport à l'engendrement est particulièrement frappante dans ces textes. Ainsi, l'accès aux services de santé reproductive, à la planification familiale et à la santé sexuelle figurent parmi les objectifs fondamentaux des Nations Unies, alors que le droit subjectif à une sexualité épanouie n'apparaît nulle part.

Par ailleurs, dès que nous évoquons le sexe, la liberté individuelle est immédiatement soupçonnée d'être entachée par l'abus ou l'aliénation. Il ne s'agit nullement d'ignorer l'ex-

## 82      *Le droit des sexualités*

ploitation liée au commerce sexuel que nous dénonçons fermement, il faut cependant souligner que le risque d'exploitation en matière de sexualité ne semble pas plus accru que dans d'autres domaines de la vie professionnelle, tels que le travail domestique ou la restauration. Alors qu'il ne viendrait pas à l'esprit de supprimer les restaurants pour lutter contre le travail clandestin ou l'exploitation des serveurs, certains prônent l'abolition de la prostitution pour combattre son exploitation...

En tout état de cause, la liberté est la liberté et non pas l'exploitation qui représente, en fait, son contraire. De même il ne nous vient pas à l'esprit de penser que la liberté religieuse est à l'origine du développement des sectes et des mouvements intégristes ou que la liberté d'opinion conduit à l'injure ou encore que la liberté de travail mène à l'esclavage, rien ne nous permet de considérer que la liberté érotique est synonyme d'abus et d'exploitation sexuelle. La liberté n'est ni l'abus ni l'escroquerie. La liberté sexuelle est par définition un acte choisi, fruit de l'autonomie de la volonté.

### A - LA SEXUALITÉ CHOISIE

La question du choix en matière sexuelle renvoie à la problématique générale sur la capacité à consentir. Si le rapport sexuel est le fruit d'un choix libre et conscient, aucune appréciation morale ne doit s'immiscer dans la norme juridique puisqu'il est totalement légitime et licite. Chaque individu est libre de choisir sa sexualité et l'état doit s'abstenir d'interférer dans cette élection. Juridiquement, peu importe qu'à l'origine de l'acte sexuel se trouve l'amour, l'argent, le respect d'une obligation conjugale ou une simple pulsion ; si elle est librement choisie, la sexualité doit échapper au regard de l' tat.

En droit, la notion de majorité est synonyme de « capacité juridique ». Du latin *caput* (tête), la capacité signifie disposer de raison, « avoir la tête », être suffisamment autonome pour accomplir les actes de la vie personnelle et sociale. Juridiquement, le terme « capacité » a un double sens. Il

s'agit, d'une part, de l'aptitude à acquérir et à posséder des droits, on parle alors de capacité de jouissance. D'autre part, le terme renvoie à la possibilité d'exercer ces droits, on parle alors de capacité d'exercice. Nous n'aborderons pas les incapacités de jouissance rendant inapte à être titulaire de certains droits, car elles sont devenues très exceptionnelles. En revanche, les incapacités d'exercice, interdisant à une personne de mettre en œuvre elle-même les droits dont elle est titulaire, sont justifiées soit par l'âge, soit par une altération de ses facultés physiques et/ou mentales.

La loi civile dispose que toute personne âgée de 18 ans ou émancipée est capable. L'émancipation peut s'obtenir automatiquement par le mariage<sup>1</sup> ou par une décision du juge des tutelles<sup>2</sup>. Il n'existe pas une majorité unique en droit. La majorité citoyenne, la majorité civile, la majorité pénale et la majorité commerciale ne s'acquièrent pas au même âge.   noter qu'au sein de chaque majorité, il existe des exceptions. Comme nous l'avons vu, la majorité civile, peut être d rog e par émancipation. Le mineur, même émancipé, ne peut pas être commerçant<sup>3</sup>.

En droit pénal, l'âge de la responsabilité ne coïncide pas avec celui de la majorité civile. L'article 122-8 du Code pénal pose le principe de la responsabilité pénale du mineur : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de 10 à 18 ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de 13 à 18 ans, en tenant compte de l'atténuation de responsa-

1. Art. 413-1 du Code civil : « Le mineur est émancipé de plein droit par le mariage. »

2. Art. 413-2 du Code civil : « Le mineur, même non marié, pourra être émancipé lorsqu'il aura atteint l'âge de 16 ans révolus. Après audition du mineur, cette émancipation sera prononcée, s'il y a de justes motifs, par le juge des tutelles, à la demande des père et mère ou de l'un d'eux. Lorsque la demande sera présentée par un seul des parents, le juge décidera, après avoir entendu l'autre, à moins que ce dernier soit dans l'impossibilité de manifester sa volonté. »

3. Art. L. 121-2 du Code de commerce.

## 84 *Le droit des sexualités*

bilité dont ils bénéficient en raison de leur âge. » La loi Perben de septembre 2002 a modifié profondément la politique judiciaire concernant les mineurs : outre l'introduction des mineurs de 10 à 13 ans comme susceptibles de recevoir une sanction éducative, désormais, le mineur de 10 à 13 ans (soupçonné d'un crime ou délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement) peut être retenu à la disposition d'un officier de police judiciaire, et sous contrôle d'un magistrat. De même, il peut être placé sous contrôle judiciaire.

Concernant la majorité sexuelle, elle est établie en principe à l'âge de 15 ans. Si un majeur d'au moins 18 ans a un rapport sexuel avec un mineur de moins de 15 ans, il commet une infraction. L'article 227-25 du Code pénal, dispose : « Le fait par un majeur d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de 15 ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende. » Cette sanction a été plus que doubl e en 1998 (avant cette réforme, la peine était de deux ans d'emprisonnement et 200 000 F d'amende). La notion d'atteinte sexuelle implique l'acquiescement du mineur (faute duquel, il n'y a pas atteinte sexuelle mais agression sexuelle). La jurisprudence considère comme atteinte sexuelle non seulement l'acte sexuel avec pénétration mais aussi les attouchements, la masturbation, les caresses et la fellation. En tout état de cause, le comportement incriminé doit être commis sur le corps du mineur (faute de ce contact physique, il n'y a pas atteinte sexuelle mais d'autres délits tels que l'exhibition sexuelle ou l'excitation de mineur à la débauche). La majorité sexuelle passe de 15 à 18 ans lorsqu'il existe promesse de rémunération pour l'acte sexuel (prostitution) ou lorsque le majeur est un ascendant (parents, grands-parents...), exerce une autorité sur le mineur (instituteur, directeur d'établissement...) ou est détenteur d'une fonction d'autorité (police, juge, avocat...). Depuis 1982, l'âge de la majorité sexuelle est la même qu'il s'agisse d'actes hétérosexuels ou homosexuels.

Ce que nous venons d'exposer montre qu'il existe en droit une majorité éclatée. En matière criminelle, la tendance est à diminuer l'âge de la majorité rendant le mineur pénalement responsable dès qu'il est « capable de discerne-

ment »<sup>1</sup>. En revanche, concernant la capacité à consentir à un rapport sexuel, la tendance est à augmenter l'âge du consentement. En effet, la majorité sexuelle est passée de 11 à 13 ans en 1863 et à 15 ans en 1945.

## B - LE DROIT DE CHANGER DE SEXE

Dans l'ordre binaire des genres, il ne peut exister juridiquement que deux sexes : m le et femelle. Tous ceux et celles qui ne s'accrochent pas de l'une ou l'autre de ces catégories sont exclus. Pendant longtemps, la Justice n'autorisait pas le changement juridique de sexe même si la médecine permettait la réassignation sexuelle<sup>2</sup> et ce malgré la mobilisation des personnes transsexuelles afin d'obtenir la rectification de leur état civil. Fond s sur le principe d'indisponibilité de l'état des personnes, les juges refusaient systématiquement la rectification des actes de naissance. De surcroît, les médecins qui pratiquaient une opération chirurgicale ne se trouvaient pas à l'abri des sanctions pénales<sup>3</sup>, en particulier lorsque le diagnostic de transsexualisme n'avait pas été établi avec certitude selon les règles médicales habituellement recommandées<sup>4</sup>. Ainsi, la Cour de cassation dispose : « Un chirurgien urologue ayant procédé à l'ablation de l'appareil génital externe mas-

1. La jurisprudence française fixe cet âge à 8-10 ans environ. Les peines sont toutefois adaptées à l'âge du délinquant : jusqu'à 10 ans environ, aucune peine ne peut être prononcée contre lui, seules des mesures de « protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation » peuvent être prises ; de 10 à 13 ans, il peut faire l'objet d'une sanction éducative (confiscation d'un objet ayant servi à la commission de l'infraction, par exemple). S'il ne la respecte pas, il peut être placé dans un foyer ou dans un centre spécialisé pour les mineurs délinquants. De 13 à 16 ans, il peut faire l'objet d'une condamnation pénale, la peine d'emprisonnement est possible mais sera inférieure de moitié à celle encourue par les adultes, il ne peut être placé en détention provisoire sauf pour un crime. De 16 à 18 ans, il peut être placé en détention provisoire, l'excuse de minorité peut être  cart e.

2. Chez les personnes qui sont diagnostiquées comme transsexuelles, la chirurgie de réassignation sexuelle est un traitement prouvé comme véritablement efficace après une thérapie hormonale et une expérience de vie sociale dans le nouveau sexe.

3. Les juges considéraient à une époque que le traitement chirurgical constituait l'infraction définie à l'article 309 de l'ancien Code pénal (L. Granjon, concl. sur CA Paris, 18 janvier 1974, *D.*, 1974.196).

4. « Le transsexualisme », Actes de la réunion du 17 juin 1983 organisée par le groupe d'études du droit médical, Paris, Masson, coll. « Médecine légale et Toxicologie médicale », 1984.

## 86 Le droit des sexualités

culin d'un patient désirent mettre son corps en harmonie avec le sentiment d'appartenir au sexe féminin, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui, pour retenir la culpabilité de ce médecin du chef de coups et blessures volontaires avec préméditation, énonce, en appréciant souverainement les éléments de fait qui lui étaient soumis, que cette opération n'a pas été faite dans l'intérêt thérapeutique du patient mais pour satisfaire la curiosité scientifique du chirurgien, et en déduit que celui-ci n'était pas couvert par le fait justificatif que constitue l'autorisation de la loi. »<sup>1</sup> Pour que l'acte médical ne tombe pas sous le coup de la loi pénale, il est donc indispensable qu'il s'agisse d'un cas indiscutable de transsexualisme, ce qui ne peut être affirmé qu'au terme d'une période prolongée d'observation, réalisée par une équipe pluridisciplinaire avertie. Condamnée par Strasbourg, la Cour de cassation a d  modifier sa jurisprudence afin de permettre, à la suite d'un traitement médico-chirurgical, à une personne transsexuelle de changer son état civil lequel doit indiquer désormais le sexe dont le transsexuel a l'apparence<sup>2</sup>.

La justification du changement de sexe dépend du pouvoir médical, en ce sens que seul le psychiatre est à même d'autoriser un traitement de changement de sexe. On peut toutefois considérer que, sous certaines conditions, il existe un véritable droit de l'individu à changer de sexe. La prise en charge par la société, à travers le remboursement des frais médicaux liés à la réassignation sexuelle effectuée par la Sécurité sociale<sup>3</sup>, montre bien que nous sommes face un droit subjectif des personnes transsexuelles à mettre en accord leur sexe psychologique et social avec leur apparence physique et leur état civil. Soulignons, que la Cour européenne des droits de l'homme considère que l'absence d'une structure médicale appropriée permettant un traitement de réassignation sexuelle constitue également une violation de la vie privée

1. Cass. crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.*, n  232 ; *Dr. pénal.*, 1991, 255, obs. Véron ; *Gaz. Pal.*, 1992, I, 17 ; *Rev. sc. crim.*, 1992, 74, obs. Levasseur.

2. Cass. Ass. plén., 11 décembre 1992, n  91-11900, *D.*, 1993-IR-1 ; *JCP*, 1993, II.21991, concl. M. J ol, obs. G. M meteau ; *Les Petites Affiches*, 17 mars 1993, n  33, p. 14, note Massip.

3. La prise en charge des soins liés au syndrome de dysphorie de genre s'effectue sur la base de l'article L. 322-3 du Code de la santé publique (affections de longue durée).

des transsexuels<sup>1</sup>. Une fois effectuée la rectification de l'état civil, la personne transsexuelle jouit, comme nous l'avons déjà souligné, de l'ensemble des droits liés à son nouveau sexe. Le débat est cependant ouvert quant à savoir si l'opération chirurgicale de réassignation sexuelle doit être un préalable à la modification de l'état civil. Certaines juridictions françaises<sup>2</sup> ainsi que la loi espagnole<sup>3</sup> considèrent que le traitement hormonal et la modification d'apparence suffisent pour permettre le changement du nom et du sexe dans les documents d'identité des personnes transsexuelles.

#### C - LES REPRÉSENTATIONS DE LA SEXUALITÉ

Si pour les planches anatomiques et pour certaines toiles artistiques la représentation de la nudité ou de la sexualité ne pose pratiquement plus des problèmes, dès qu'il est question de montrer d'une manière directe et crue l'acte sexuel, la censure juridique est toujours d'actualité.

Le terme pornographie du grec *porn * prostituée et *graphie* décrire, désigne la représentation complaisante des détails libidineux, dans une œuvre littéraire, artistique ou cinématographique. En France, un livre, un film, une exposition peuvent être interdits en raison de leur contenu, avant (régime préventif) ou après (régime répressif) leur publication. En effet, il existe un système d'autorisation préalable qui subordonne la liberté d'expression à une décision de l'administration et, une fois publiée, une œuvre peut également être jugée contraire aux bonnes m eurs, et son éditeur, son producteur ou son auteur seront susceptibles d'une condamnation pénale.

Ce régime montre que les représentations sexuelles ainsi que les discours à caractère érotiques ne peuvent pas circuler librement, même entre adultes<sup>4</sup>. Comme s'interroge le philo-

1. *L. c/ Lituanie*, 11 septembre 2007, Req. n  27527/03.
2. CA Rennes, 26 octobre 1998 (« Changement d'état civil d'un transsexuel non opéré », *Dalloz Jurisprudence* en ligne, <http://bu.dalloz.fr/>).
3. L. n  3/2007 du 15 mars 2007.
4. Pour une analyse plus approfondie de la question voir la partie de cet ouvrage consacré à la pornographie.

## 88 *Le droit des sexualités*

sophe R. Ogien : « Pourquoi exiger des films à contenu sexuel des qualités artistiques qu'on ne demande absolument pas à la plupart des autres films qu'on trouve librement projet s dans toutes les salles de cinéma ? (...) Pourquoi serait-il plus condamnable de vouloir exciter sexuellement le public par des écrits ou des images que de chercher à le faire rire, pleurer ou trembler ? (...) Qu'est-ce qui pourrait bien justifier l'idée que l'intention exclusive d'éveiller des réactions lascives ou de stimuler sexuellement les personnes devrait être jugé immorale ou sanctionnée par la loi d' tats démocratiques ? »<sup>1</sup>

En matière de pornographie, nous retrouvons les mêmes clivages généraux qui divisent ceux qui considèrent qu'il existe une représentation de la bonne sexualité (la seule méritant une expression légitime) et ceux qui pensent que l'état doit rester neutre et s'abstenir de promouvoir une représentation de la sexualité sur une autre : les adultes sont libres de produire et de consommer les images sexuelles de leur choix, ils sont responsables de leurs élections et seuls arbitres de leur morale. S'agissant des mineurs, les contrôles sont justifiés pour des raisons propres à l'âge du spectateur (nous analyserons en profondeur ces questions dans le troisième chapitre de l'ouvrage), cela dit, il semble pertinent d'interroger les raisons pour lesquelles, dans notre société, l'accès à l'image d'une copulation est plus problématique que la présence constante dans les écrans de télévision et les jeux vidéo d'images de guerres, de famines et de violences de tout genre.

### SECTION III L'ÉGALITÉ SEXUELLE

#### A - L'ÉGALITÉ DES SEXES (HOMME/FEMME)

L'égalité des femmes est un phénomène politique récent. Pendant des siècles « le sexe faible » fut injustement consi-

1. R. Ogien, *La liberté d'offenser. Le sexe, l'art et la morale*, Paris, La Muscardine, 2007, p. 9.

d r  comme « naturellement » inférieur à celui des mâles<sup>1</sup>. Le changement du statut des femmes constitue l'un des  v nements les plus importants du XX<sup>e</sup> siècle, mettant fin à l'hégémonie de la société patriarcale.

Dépourvues de citoyenneté, les femmes étaient exclues de la vie politique et, dans la vie privée, leur subordination s'articulait autour de l'institution du mariage. En effet, à l'origine du droit occidental, sous l'autorité absolue du *pater familias*, le mariage romain organisait la société des hommes libres. Bien que régie par le droit privé, cette forme d'alliance devient une affaire publique en ce sens qu'elle instaure le modèle d'unité sociale et la domination masculine. Ainsi, par le mariage la femme sort de sa famille et n'est plus unie à elle par aucun lien civil ; elle subit la *minima capitis diminutio*, entre dans la famille de son mari et devient l'agnat de tous les membres qui en font partie. Elle tombe sous le pouvoir de son mari ou du *paterfamilias* de son mari et se trouve *in manu mariti*. La *manu* (autorité) a sa source dans l'achat fictif (*imaginarium venditionem*) de la femme (*per mancipationem*) ou dans l'usage (*per usus*). Celui-ci est le même que pour les choses meubles : la femme devient propriété de l'homme après une année de possession (s'il s'agit des femmes qui ne sont pas soumises à la tutelle légitime). Une femme qui n'est pas sous l'autorité masculine, et qui n'est donc ni fille, ni épouse, ni veuve, peut être acquise par simple prescription annuelle par n'importe quel homme libre. C'est pourquoi la *Loi des Douze Tables* a prévu que si une femme ne voulait pas tomber dans cette forme d'union, elle devait chaque année être absente trois nuits du foyer et de cette façon elle interrompait l'*usus* de l'année.

Le christianisme conf rera aux femmes un statut ambigu, elle est à la fois p ch  (Ève) et symbole de pureté (vierge Marie). Quoi qu'il en soit, tout au long du Moyen âge, la condition juridique des femmes demeure extrêmement précaire. Une misogynie nouvelle s'installe en Occident selon laquelle la femme est plus soumise que l'homme aux p ch s

1. Pour une analyse critique de l'infériorisation des femmes, voir la remarquable anthologie de F. Collin, E. Pisier et E. Varikas, *Les femmes de Platon   Derrida*, Paris, Plon, 2000.

90      *Le droit des sexualités*

de la chair, c'est elle qui, par son corps, envo te les hommes. La persécution contre les « sorcières » fera des dizaines de milliers de victimes entre le XIV<sup>e</sup> et le XV<sup>e</sup> siècle. La discrimination des femmes apparaît non seulement sur le plan pénal mais aussi sur le plan patrimonial. Sous l'Ancien Régime, seuls les fils ont le droit à l'héritage. Les filles sont uniquement « dotées », selon le bon vouloir des parents. Le mari gère les biens du couple et les biens de sa femme. Les femmes ne peuvent pas prendre part aux fonctions administratives de l'état, cependant, lorsqu'elles appartiennent aux classes supérieures, elles ont le droit de s'intéresser aux arts, à la politique et à la philosophie et certaines ouvrent à Paris des salons et animent la vie intellectuelle<sup>1</sup>.

Si les femmes participent activement à la Révolution française, leur statut ne trouvera pas d'amélioration substantielle. Les revendications de certaines, comme Th roigne de Mericourt ou Olympe de Gouges (auteur de la *Déclaration des droits de la femme*) ne sont pas prises en compte par les Conventionnels ; cette dernière finira d'ailleurs sur l'échafaud. Le Code civil de 1804 refl tera ce conservatisme. Napoléon définit sans ambiguïté la place des femmes à l'article 1124 du Code civil : « Les personnes privées de droits juridiques sont les mineurs, les femmes mariées, les criminels et les débiles mentaux. » Sur le plan politique, la Révolution a toutefois ouvert une brèche intellectuelle propice à l'égalité.   la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, Condorcet réclamait publiquement le droit de vote pour les femmes<sup>2</sup>. Mais c'est au milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, avec l'av nement des idéaux socialistes, que les femmes commencent à s'organiser pour revendiquer des droits à l'instruction, à l'égalité salariale, au divorce et surtout le droit de vote. Pendant les deux guerres mondiales du XX<sup>e</sup> siècle, les femmes participent activement à la vie économique des nations européennes pour pallier l'absence des hommes mobilisés sur le front.

1. N. Zemon Davis, A. Farge (dir.), *Histoire des femmes, XVI<sup>e</sup>, XVIII<sup>e</sup> siècles*, t. 3, Paris, Plon, 1991.

2. « Tous n'ont-ils pas violé le principe de l'égalité des droits en privant tranquillement la moitié du genre humain de celui de concourir à la formation des lois ? » (*Journal de la société de 1789*, n  5, 3 juillet 1790).

Avant l'adoption de la loi du 18 février 1938, la femme mariée n'était pas capable juridiquement, elle se trouvait jusqu'alors sous la tutelle du mari<sup>1</sup>, elle ne pouvait pas aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou à titre onéreux, ester en justice ou bien exercer un métier sans l'autorisation de son époux<sup>2</sup>. Ce n'est que le 21 avril 1944 que les femmes obtiendront par ordonnance le droit de vote et d'éligibilité. La Constitution de 1946 gravera pour la première fois dans son préambule que « la loi garantit à la femme, dans tous les domaines, des droits égaux à ceux de l'homme ». Toutefois, cette égalité proclamée a tard  à trouver une traduction juridique concrète : jusqu'en 1965, la femme mariée ne pouvait pas ouvrir un compte en banque et devait demander l'autorisation du mari pour exercer une profession. Par ailleurs, la notion de chef de famille n'a disparu du Code civil qu'en 1970 et les inégalités concernant l'administration du patrimoine familial ont subsisté jusqu'en 1966, année dans laquelle la femme mariée obtient l'administration de ses biens propres. L'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes est garantie par une loi du 22 décembre 1972 grâce à l'introduction de l'article L. 140-2 dans le Code du travail : « Tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale (...) l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes. »<sup>3</sup>

Trois ans plus tard, en 1975, les femmes obtiennent le droit à l'interruption volontaire de grossesse ainsi que le droit au divorce par consentement mutuel. Cette même année, la loi supprime le droit exclusif du mari de choisir la résidence

1. Jusqu'alors elle ne pouvait pas avoir une carte d'identité et un passeport ou ouvrir un compte en banque, sans l'autorisation de l'époux.

2. E. Micou, *L'égalité des sexes en droit privé*, Presses universitaires de Perpignan, 1997.

3. Cette même loi introduit également l'article L. 140-2   L. 140-4 : « Tout employeur est tenu d'assurer, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes (...). Les différents éléments composant la rémunération doivent être établis selon des normes identiques pour les hommes et pour les femmes. Les catégories et les critères de classification et de promotion professionnelle ainsi que toutes les autres bases de calcul de la rémunération, notamment les modes d'évaluation des emplois, doivent être communs aux travailleurs des deux sexes. Toute disposition résultant d'une décision d'employeur (...) contraire est nulle de plein droit. »

## 92 *Le droit des sexualités*

du couple. L'autorité parentale devient conjointe en 1993, quelle que soit la situation des parents (mariés, divorcés ou concubins). Néanmoins, pendant longtemps, le nom patronymique de l'enfant demeurait celui du père, il a fallu l'adoption de la loi n  2002-304 du 4 mars 2002 pour que l'utilisation du nom de la mère soit autorisée.

Sur le plan pénal, l'adultère était plus sévèrement réprimé pour la femme que pour l'homme. Avant l'adoption de la loi du 11 juillet 1975 d p nalisant l'adultère, l'épouse encourait l'emprisonnement tandis que le mari infidèle n'était condamné, pour la même infraction, qu'à une simple amende.

L'application du dispositif légal protecteur des femmes est assurée aujourd'hui en France non seulement par le corps judiciaire mais également par l'administration. En effet, depuis 1978, il existe un ministère chargé de la condition féminine ainsi qu'un observatoire de la parité (1995) chargé de recenser les inégalités entre hommes et femmes et l'article 225-1 du Code pénal interdit toute discrimination opérée entre les personnes à raison de leur sexe.

### *L'égalité des femmes dans le droit communautaire*

Plusieurs normes nationales et européennes garantissent l'égalité des femmes dans la vie professionnelle. L'égalité des sexes apparaît comme l'un des principes fondamentaux du droit communautaire. Les instruments juridiques de l'Union européenne en matière d'égalité entre les femmes et les hommes tendent d'une part, à assurer l'égalité des chances et de traitement entre les genres et, d'autre part, à lutter contre toute discrimination fondée sur le sexe. Le traité constitutif de l'Union, dans son article 2, dispose que « la Communauté a pour mission (...), de promouvoir dans l'ensemble de la Communauté (...) l'égalité entre les hommes et les femmes ». La Convention européenne des droits de l'homme avait déjà consacré dans son article 14 l'interdiction de toute forme de discrimination basée sur le sexe et la CEDH, quant à elle, rappelle dans un arrêt du 22 février 1994, que « seules des considérations très fortes peuvent justifier

une différence de traitement se fondant exclusivement sur le sexe »<sup>1</sup>.

L'article 141(1) du traité de Rome établit le principe d'égalité entre travailleurs et travailleuses effectuant un même travail ou un travail de même valeur et l'article 141(3) fournit la base juridique pour la législation de l'UE concernant l'égalité des chances. La Directive 76/207, complétée par plusieurs autres dispositions européennes<sup>2</sup>, constitue la législation principale dans ce domaine. Dans une abondante jurisprudence, la CJCE applique le principe d'égalité en matière de rémunération, sécurité sociale, congé parental ou promotion professionnelle, entre autres. De plus, la Commission européenne a établi une feuille de route qui définit six domaines prioritaires pour les années 2006-2010, à savoir : indépendance économique égale pour les femmes et les hommes ; conciliation de la vie privée et professionnelle ; représentation égale dans la prise de décision ; éradication de toute forme de violence fondée sur le genre ; élimination des stéréotypes de genre et promotion de l'égalité entre les femmes et les hommes dans les politiques externes et de développement<sup>3</sup>.

Malgré les efforts des autorités européennes pour garantir l'égalité, les disparités persistent puisque, par exemple,

1. *Burghartz c/ Suisse*, série A 280-B.

2. Voir notamment : Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, *relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale* ; Directive 86/378/CEE du Conseil du 24 juillet 1986 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale* ; Directive 86/613/CEE du Conseil du 11 décembre 1986 *sur l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes exerçant une activité indépendante, y compris une activité agricole, ainsi que sur la protection de la maternité* ; Directive 96/97/CE du Conseil, du 20 décembre 1996, *modifiant la Directive 86/378/CEE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes dans les régimes professionnels de sécurité sociale* ; Directive 97/80/CE du Conseil du 15 décembre 1997 *relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe* ; Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 septembre 2002 *modifiant la Directive 76/207/CEE du Conseil relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail* ; Directive 2004/113/CE du Conseil du 13 décembre 2004 *mettant en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les femmes et les hommes dans l'accès à des biens et services et la fourniture de biens et services* 32004L0113 ; Directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006 *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail* (refonte).

3. <http://europa.eu/scadplus/leg/fr/cha/c10404.htm>.

## 94 *Le droit des sexualités*

les taux d'emploi dans l'Union européenne s'établissaient en 2007 à 72,5 % pour les hommes et 58,3 % pour les femmes.

### *La parité dans l'accès aux mandats électoraux et fonctions électives*

Depuis 1944, les femmes ont formellement acquis le droit d'être élues, cependant celui-ci ne s'est nullement traduit dans la représentation politique française. En effet, en 1996, les femmes ne représentaient que 25 % du bureau du Parti socialiste ; elles n'étaient que 5 % au bureau de l'UDF et seulement 8 % au bureau du RPR.  tant donné que, dans les faits, uniquement les personnes ayant les plus hautes responsabilités dans un parti pourront devenir candidats lors des élections législatives, une faible représentation des femmes dans la hiérarchie des partis politiques conditionne directement leur accès à la vie publique. Jusqu'en 1997 les femmes ne représentaient guère plus de 6 % des députés à l'Assemblée nationale et moins de 3 % au Sénat. Comme le souligne Joan W. Scott, « bien qu'aucune loi ou disposition constitutionnelle n'interdise aux femmes de représenter le peuple, elles semblaient en être empêchées par une loi non écrite »<sup>1</sup>. Ce constat de crise de la représentation avait produit au début des années 1990 un mouvement pour la parité, dont le but était d'assurer aux femmes l'égal accès aux mandats électoraux et aux fonctions électives. Ce combat pour la parité s'est finalement vu cristallisé le 8 juillet 1999 dans l'introduction d'un alinéa à article 1<sup>er</sup> de la Constitution : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives, ainsi qu'aux responsabilités professionnelles et sociales. » La réforme de 1999 a complété l'article 4 de la Constitution avec la formule suivante : « Ils [les partis et groupements politiques] contribuent à la mise en œuvre du principe énoncé au second alinéa de l'article 1 dans les conditions déterminées par la loi. » Le cadre consti-

1. Joan W. Scott, *Parité ! L'universel et la différence des sexes*, Paris, Albin Michel, 2005, p. 22.

tutionnel fut renforcé par une loi du 6 juin 2000. Le dispositif paritaire a enfin été complété par deux autres lois de 2003 et 2007 qui modifient respectivement le scrutin des élections régionales et européennes ainsi que les conditions d'élection des adjointes aux maires<sup>1</sup>.

L'ensemble de ces mesures fut accompagné de sanctions économiques. Ainsi, plus un parti s'éloigne d'un nombre égal de candidats de chaque sexe, plus l'aide financière qu'il reçoit diminue. Et pourtant les grands partis préfèrent perdre une part de leurs subventions que de présenter des femmes aux postes éligibles. Pour preuve, dans les élections parlementaires de 2007 seuls 18,5 % des élus étaient des femmes<sup>2</sup>.

Les élections européennes sont elles aussi concernées par cette obligation de parité et d'alternance stricte entre hommes et femmes dans les listes électorales. Le Parlement européen est traditionnellement plus paritaire que les autres assemblées, du moins en ce qui concerne les députées françaises. De 1979 à 1989, la proportion d'élues s'est maintenue à presque 22 %. Elle a augmenté de façon significative en 1994 pour atteindre 30 %. Puis de nombreux partis ont décidé de présenter des listes paritaires d s 1999, soit avant l'intervention du législateur. Ainsi, la part des femmes est passée à 40 % en 1999 puis à 43,6 % en 2004.

Au niveau national, outre la faible représentation parlementaire, on constate également une absence de femmes dans les exécutifs locaux. En effet, il y a peu de femmes maires, présidentes de région et conseillères régionales. Au niveau européen, la France est placée en dix-huitième position en matière de parité au sein des assemblées parlementaires, derrière l'Italie, le Portugal et la Pologne. Exception faite pour les arcanes de l'exécutif, où les femmes représentent en 2008 43,8 % du gouvernement, ce qui permet à la France de se positionner à la quatrième position. Si l'on regarde les autres domaines et notamment l'entreprise, les postes de décision occupés par les femmes ne représentent que 17 % et les diri-

1. Loi du 11 avril 2003 et loi 2007-128 du 31 janvier 2007.

2. Pour une analyse approfondie et actualisée de la question voir le site de l'Observatoire de la parité : <http://www.observatoire-parite.gouv.fr>.

## 96 *Le droit des sexualités*

geantes de l'industrie gagnent 27 % de moins que les dirigeants<sup>1</sup>.

La culture de la parité semble avoir bien du mal à s'installer dans la République, situation qui peut avoir dans l'absolu pour certains<sup>2</sup> un côté positif car la parité doit être considérée comme une mesure ponctuelle et provisoire. Une fois déclenchée la dynamique politique permettant l'accès des femmes au pouvoir, c'est uniquement le mérite et les compétences politiques de l'individu qui doivent compter. Autrement, le risque est grand d'enfermer les êtres humains dans des distinctions naturelles. Comme le soulignent E. Badinter, E. Pisier et D. Sallenave, « l'histoire montre qu'on n'intègre jamais au nom de la différence mais que, en revanche, c'est toujours en son nom qu'on exclut : voyez aujourd'hui comment les sociétés en voie de développement brandissent la différence féminine pour justifier la ségrégation et l'abaissement des femmes... Venue des femmes, la parité se retournera contre elles, car la ségrégation, qu'elle soit de sexe, de genre, de race, entraîne toujours la discrimination »<sup>3</sup>.

### B - L'ÉGALITÉ DES ORIENTATIONS SEXUELLES (HÉTÉROSEXUEL/HOMOSEXUEL)

Suite aux mobilisations du mouvement homosexuel tout au long des années 1970, le candidat à la présidence de la République, François Mitterrand, promet de mettre fin au dispositif inégalitaire en matière d'homosexualité. Cette promesse ne tardera pas à se réaliser malgré une opposition acharnée de la droite. En effet, le 11 juillet 1981, le ministère de l'Intérieur du président Mitterrand adresse une circulaire à la hiérarchie policière interdisant « le fichage des homosexuels, les discriminations et à plus forte raison, les suspicions anti-homosexuelles ». Le lendemain, le ministère de la

1. « L'égalité entre les femmes et les hommes », rapport INSEE 2007, sous la dir. de Joëlle Voisin.

2.  . Badinter (dir.), *Le piège de la parité*, Paris, Hachette, 1999.

3. *L'Express*, 11 février 1999.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 97

Santé conteste la Convention de l'OMS incluant l'homosexualité comme une maladie mentale. Un an plus tard, le 22 juin 1982, le Parlement adopte la loi Quilliot (relative au logement) mettant fin à l'obligation pour les homosexuels de disposer de leurs appartements « en bon pères de famille », et la même année une nouvelle loi<sup>1</sup>  galise l'âge du consentement entre les rapports hétérosexuels (15 ans) et homosexuels (jusqu'alors établie à 18 ans). Le président Mitterrand défendra le projet de loi dans ces termes : « Il n'y a pas de raison de juger le choix de chacun qui doit être respecté, aucune discrimination ne doit être faite en raison de la nature des m eurs. J'en ai pris la responsabilité. » Auparavant, le ministre de la Justice, R. Badinter, avait soutenu devant le Parlement un autre texte qui permettait d'amnistier à la fois les outrages publics à la pudeur aggravés pour homosexualité ainsi que les actes contre nature réalisés avec un mineur de 18 ans<sup>2</sup>. Enfin, le 13 juillet 1983, une nouvelle loi abroge l'article 40 du Code de la fonction publique qui stipulait qu'un fonctionnaire « doit être de bonne moralité », dispositif qui avait permis de licencier de nombreux homosexuels. Depuis ces premières mesures, plusieurs dispositions légales furent adoptées afin de protéger les gays et les lesbiennes des discriminations à leur égard, aussi bien au niveau civil que pénal.

  cette première étape de dépénalisation de l'homosexualité, succède une deuxième période caractérisée par un engagement plus actif de la part de l' tat. En effet, à partir de l'année 1985, toute discrimination fondée sur les m eurs (euphémisme utilisé pour faire référence à l'homosexualité) est susceptible de sanctions pénales. L'année suivante, le législateur procède à un renforcement de ce dispositif répressif par le biais d'un amendement au Code du travail : il s'agit désormais d'intervenir de manière répressive contre les discriminations à l'embauche. Ainsi, un nouvel article L. 122-45 du Code du travail<sup>3</sup> disposera que : « Aucune personne ne peut être  cart e d'une procédure de recrutement (...) en raison de ses m eurs. »

1. Loi n  82-683 du 4 août 1982.
2. Loi n  81-736 du 4 août 1981.
3. L'actuel article L. 1132-1.

## 98 *Le droit des sexualités*

Plus tard, une loi du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations au travail (visant à adopter une directive communautaire) introduit la notion d'orientation sexuelle à côté de celle de mœurs et renverse la charge de la preuve au profit de l'employé, permettant ainsi une meilleure protection des homosexuels.

L'article 225-1 du Code pénal établit un principe antidiscriminatoire lequel ne permet cependant de sanctionner tout acte discriminatoire mais uniquement les situations énumérées par l'article 225-2 du même Code, à savoir : refuser la fourniture d'un bien ou d'un service ; entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ; refuser d'embaucher ; sanctionner ou licencier une personne ; subordonner la fourniture d'un bien ou d'un service à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ; subordonner une offre d'emploi à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1. Aussi, dès lors que celui qui discrimine est une autorité publique, sont sanctionnées les discriminations consistant à refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi et/ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque.

Au-delà de la protection pénale prévue pour les cas de discrimination dans l'emploi (embauche, sanction, licenciement et subordination d'une offre)<sup>1</sup> et l'accès aux services (logement<sup>2</sup>, magasins...), il existe de nombreuses dispositions sp -

1. Art. L. 1132-1 du Code du travail : « Aucune personne ne peut être  cart e d'une procédure de recrutement ou de l'accès à un stage ou à une période de formation en entreprise, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, telle que définie à l'article 1 r de la loi n  2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, notamment en matière de rémunération, au sens de l'article L. 3221-3, de mesures d'intéressement ou de distribution d'actions, de formation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat en raison de son origine, de son sexe, de ses mœurs, de son orientation sexuelle, de son âge, de sa situation de famille ou de sa grossesse, de ses caractéristiques génétiques, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethn , une nation ou une race, de ses opinions politiques, de ses activités syndicales ou mutualistes, de ses convictions religieuses, de son apparence physique, de son nom de famille ou en raison de son état de santé ou de son handicap. »

2. Concernant la location des logements, le législateur a inséré en 2001 à l'article 1 r de la loi du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, un troisième alinéa disposant explicitement qu'« aucune personne ne peut se voir refuser la location d'un logement en raison [notamment] de (...) son orientation sexuelle ».

cifiques au droit du travail (règlement intérieur, rémunération, qualification, mutation, carrière...) qui protègent contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

Pour les emplois publics, la norme applicable est l'article 6 de la loi n  83-634 du 13 juillet 1983 (modifié par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations et l'ordonnance 2005-91). Ces dispositions s'appliquent non seulement au salariat et à l'emploi temporaire mais aussi aux postes de stagiaires ordinaires et aux activités syndicales. En plus, le harcèlement moral est considéré comme une forme de discrimination lorsqu'il est lié à l'un des critères prohibé par la loi. Le dispositif antidiscriminatoire est complété par l'article 432-7 du Code pénal qui sanctionne les discriminations relatives aux bénéfices octroyés par la loi ainsi que les entraves aux activités économiques. La loi 2008-496 a permis l'extension de la protection contre la discrimination relative à l'affiliation et l'adhésion à une organisation syndicale ou professionnelle.

La protection est plus étendue en droit français qu'en droit communautaire. Ainsi, la Cour administrative d'appel de Nancy, dans une décision du 14 février 2008, a annulé la décision d'un recteur d'académie refusant à une association (consacrée à la sensibilisation du public contre l'homophobie) de délivrer l'agrément pour mener des actions de prévention dans les milieux scolaires. Selon les faits de l'affaire, les autorités scolaires ont refusé ledit agrément parce que l'association ne poursuivait pas un discours d'intérêt public mais cherchait plutôt à promouvoir une communauté spécifique. La Cour, suivant les observations de la Haute Autorité de lutte contre les discriminations, a infirmé la décision soutenant que la lutte contre l'homophobie n'était pas la promotion d'une communauté mais une question d'intérêt public recherché par la loi dans la mesure où le programme proposait une approche éducative d'un niveau élevé. L'action de la Haute Autorité a également permis d'attirer l'attention sur un certain nombre de discriminations envers les homosexuels, notamment en matière de harcèlement moral, de pension de réversion, de congé de paternité pour les couples pacsés ou encore de refus de location dans un hôtel d'un lit double pour un couple de même sexe.

## 100 *Le droit des sexualités*

Le passage de la tolérance (dépénalisation)   l'égalité (lutte contre les discriminations) constitue une étape capitale dans la perception de l'homosexualité. En effet, ce n'est pas tant celle-ci qui fait désormais l'objet d'attention politique et juridique mais plutôt les comportements hostiles envers les gays et les lesbiennes<sup>1</sup>.

### *Le rôle de l'Union européenne*

Le mouvement qui va de la dépénalisation de l'homosexualité à la protection des gays et des lesbiennes contre toutes les formes de discrimination à leur égard répond à un souci des institutions européennes, qui, depuis le début des années 1980, n'ont pas cessé d'inviter les  tats membres à chercher des mécanismes efficaces de lutte contre l'exclusion des homosexuels. En effet, le 8 juillet 1981, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe vote une recommandation et un rapport sur la discrimination envers les homosexuels. La perspective libérale du document tend à « l'égalité des êtres humains et la défense des droits de l'homme » en respectant chez l'individu ses « préférences sexuelles ». Cette avancée politique aura une influence décisive sur l'évolution jurisprudentielle. Pour la première fois, le 22 octobre 1981, vingt-six ans après le rejet de la première requête soumise à la Commission européenne des droits de l'homme, les juges de Strasbourg déclarent que la loi pénale de l'Irlande du Nord condamnant les relations entre personnes de même sexe constitue une violation du respect de la vie privée des personnes homosexuelles<sup>2</sup>.

1. La préoccupation récente pour l'hostilité à l'égard des gays et des lesbiennes change la façon dont la question a été problématisée jusqu'ici. En effet, au lieu de se consacrer à l'étude du comportement homosexuel, traité dans le passé comme déviant, l'attention est désormais portée sur les raisons qui ont mené à considérer cette forme de sexualité comme déviant ; de sorte que le déplacement de l'objet d'analyse vers l'homophobie produit un changement aussi bien épistémologique que politique.  pist mologique, car il ne s'agit pas tant de connaître ou de comprendre l'origine et le fonctionnement de l'homosexualité que d'analyser l'hostilité déclenchée par cette forme spécifique d'orientation sexuelle. Politique, car ce n'est plus la question homosexuelle mais bien la question homophobe qui mérite dorénavant une problématisation particulière.

2. *Dudgeon c/ Royaume-Uni*, 22 octobre 1981.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 101

Dans l'Union européenne, c'est surtout le Parlement qui s'est traditionnellement saisi de la question. Déjà, le 13 mars 1984, les europarlamentaires votaient une résolution concernant les discriminations sexuelles sur le lieu de travail. Le terme « sexe » est utilisé par le Parlement européen dans un sens large, permettant de veiller également à la non-discrimination des homosexuels. Deux ans plus tard, le 13 mars 1986, cette même assemblée adopte une proposition de résolution invitant les  tats membres à abolir, dans leur législation nationale, toutes les lois discriminatoires à l'égard des homosexuels et à instaurer des dispositifs antidiscriminatoires efficaces. La même année, les députés européens demandent que le principe d'égalité de statut civil des partenaires de même sexe ainsi que la protection contre les discriminations fondées sur les préférences sexuelles des individus soient clairement énoncés par les lois nationales. La question réapparaît en 1989 lors de la discussion sur la *Charte sociale européenne*. Malgré l'insistance des eurodéputés pour que les discriminations fondées sur les « préférences sexuelles » figurent parmi les clauses antidiscriminatoires, la Commission et les  tats membres rejettent finalement la proposition. Le 8 février 1994, une nouvelle résolution est votée par le Parlement européen invitant les  tats membres à établir le même seuil d'âge légal pour les comportements homosexuels et hétérosexuels,   protéger les gays et les lesbiennes contre toute forme de discrimination et à encourager et soutenir financ rement leurs associations. La résolution propose aussi de « mettre un terme notamment à l'interdiction faite aux couples homosexuels de se marier ou de bénéficier de dispositions juridiques équivalentes, ainsi qu'à toute restriction au droit des lesbiennes et des homosexuels d'être parent ou bien d'adopter ou d'élever des enfants »<sup>1</sup>. Dès lors, nombreuses sont les recommandations et les résolutions qui proposent aux  tats européens et à la Commission de Bruxelles d'abroger sans délai toute disposition législatives violant les droits

1. Résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne du 8 février 1994 (Document A3-0023/94, *JO CE*, n  C 61 du 28 février 1994, p. 40-43) consécutivement au rapport de la Commission des libertés publiques et des affaires intérieures rendu par C. Roth (Verts) le 26 janvier 1994.

## 102 *Le droit des sexualités*

fondamentaux des gays et des lesbiennes ainsi que de tenir compte du respect de ces droits lors des négociations relatives à l'adhésion des pays candidats<sup>1</sup>.

Par ailleurs, si pendant longtemps la pénalisation des actes homosexuels commis par des militaires a été justifiée par la Cour européenne des droits de l'homme, en 1999 celle-ci produit un revirement de sa jurisprudence en statuant que « ni les investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants (militaires) ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense (britannique) ne se justifient au regard de l'article 8 de la Convention (protection de la vie privée) »<sup>2</sup>. De surcroît, cette même année, la Cour condamne l'état portugais pour discrimination basée sur l'orientation sexuelle dans l'attribution de l'autorité parentale à la mère au détriment du père, au motif que celui-ci est homosexuel et vit avec un autre homme<sup>3</sup>.

La décision politique la plus significative consiste en l'adoption d'une protection spécifique contre les discriminations à l'égard des gays et des lesbiennes par le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997, introduisant dans le droit communautaire une nouvelle disposition : « Sans préjudice des autres compétences qui sont conférées à la Communauté, le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, peut prendre toute action appropriée pour combattre la discrimi-

1. Recommandation concernant la position commune du Conseil du 27 juin 1996 sur la proposition de règlement (CE) du Conseil relatif aux actions dans le domaine du VIH/sida dans les pays en développement (Document A4-0341/96 du 30 octobre 1996 suivant C4-0372/96 - 95/0164 [SYN]).

— Fiche thématique sur la non-discrimination sexuelle du Groupe de travail du Secrétariat général du 20 mai 1996.

— Résolution du Parlement européen sur la protection des minorités et les politiques de lutte contre les discriminations dans l'Europe  largie (2005/2008[INI]), 8 juin 2005.

— Résolution du Parlement européen sur l'homophobie en Europe, 18 janvier 2006.

— Résolution du Parlement européen du 26 avril 2007 sur l'homophobie en Europe, 26 avril 2007.

2. *Smith et Grady c/ Royaume-Uni*, Req. nés 33985/96 et 33986/96. Dans l'affaire *Lustig-Prean et Beckett c/ Royaume-Uni*, du 27 septembre 1999, Req. nés 31417/96 et 32377/96.

3. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal*, 21 décembre 1999, Req. n  33290/96.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelles* 103

nation fondée sur le sexe, l'origine raciale ou ethnique, la religion ou les croyances, le handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle. »<sup>1</sup> Suite à sa ratification par l'ensemble des pays de l'Union européenne, deux directives sur la discrimination furent adoptées, interdisant de traiter un salarié diff eremment en raison de son origine raciale ou ethnique, de sa religion ou de ses convictions, de son âge, de son handicap ou de son orientation sexuelle. Adoptée en France par la loi du 17 novembre en 2001, l'une de ces directives (2000/78/CE) a permis d'améliorer le dispositif national de lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Enfin, le Parlement européen, dans une résolution du 16 janvier 2006, invite l'ensemble des  tats membres à prendre toute autre mesure qui leur semble appropriée pour lutter contre l'homophobie et la discrimination du fait de l'orientation sexuelle, ainsi qu'à promouvoir et à appliquer le principe d'égalité dans leurs sociétés et leurs ordres juridiques. De même, il demande aux  tats membres de prendre des dispositions législatives visant à mettre fin à la discrimination dont sont victimes les partenaires de même sexe en matière de succession, de propriété, de location, de pensions, d'impôts, de sécurité sociale, etc. Cependant, n'ayant pas compétence en matière familiale, l'Union européenne ne peut pas obliger les  tats à reconn tre les unions de même sexe<sup>2</sup>. La tâche revient donc aux autorités nationales qui, d'une manière très inégale, ont adopté un certain nombre de mesures tendant à reconn tre les liens affectifs entre personnes de même sexe.

*Les nouvelles formes de conjugalité et le mariage*

Dans les années 1980 l'irruption du sida et les conséquences dramatiques de son expansion dans la communauté homosexuelle produisent une transformation fondamentale dans le rapport entre l'orientation sexuelle et le droit. Gérer

1. Art. 13.

2. Il faut toutefois signaler que la Cour a condamné l'Autriche pour une interprétation restrictive de la notion de « compagnon » aux effets de la transmission du bail de location au profit du partenaire survivant d'un couple de même sexe : *Affaire Karner c/ Autriche*, 14 juillet 2003, Req. n  40016/98.

le VIH avec les instruments du droit commun et éviter tout traitement exceptionnel de l'épidémie deviennent les principes mobilisateurs des associations de lutte contre le sida. L'absence de reconnaissance du couple homosexuel vient s'ajouter aux difficultés liées à la maladie. Les problèmes rencontrés par un compagnon gay à l'hôpital face à une famille souvent hostile, l'expulsion du logement commun, l'impossibilité de demander un congé pour accompagner un partenaire affaibli ou encore l'inexistence de droits successoraux sont vécus comme des injustices insupportables. Dans un premier temps, le mouvement gay milite pour des projets de reconnaissance du partenariat civil, forme de concubinage amélioré ouvert aux unions de même sexe. L'association *Aides* participe en 1995, à la rédaction d'un des projets qui constitue la base du futur pacte civil de solidarité (PACS). Mais les droits octroyés aux couples homosexuels par le PACS demeurent insuffisants, et le non-respect du principe d'égalité a perpétré leur infériorité vis-à-vis des couples hétérosexuels. La question de l'élargissement du droit au mariage indépendamment du sexe des partenaires émerge donc dans ce contexte comme une solution pratique du point de vue juridique et comme une revendication politique forte<sup>1</sup>. Toutefois, les associations n'ont jamais cherché à se désolidariser de la bataille en faveur du PACS. Ce furent elles qui se mobilis rent fortement lors de la débandade de la gauche le 9 octobre 1998, et depuis lors, ont exercé une pression politique constante en faveur du projet de loi<sup>2</sup>. La revendication du mariage vient simplement compléter le PACS dans la perspective d'une application stricte du principe d'égalité. Cette revendication, perçue comme radicale, a permis toutefois de préparer l'« après PACS » et de faire de l'homoparentalité une cause politiquement viable. Un collectif d'associations publie dans le journal *Le Monde*, le 26 juin 1999, un manifeste dans lequel il proclame que « l'égalité de droit est une condition nécessaire : aussi importe-t-il d'ouvrir le mariage et la filiation aux

1. Pour une histoire politique du PACS voir D. Borrillo, P. Lascoumes, *Amours  gales ? Le PACS, les homosexuels et la gauche*, Paris, La Découverte, 2002.

2. Voir D. Borrillo, P. Lascoumes, *op. cit.*

couples de même sexe »<sup>1</sup>. Depuis, la revendication du mariage est devenue un combat commun du mouvement LGBT français. L'ouverture du mariage aux couples de même sexe aux Pays-Bas, en Belgique, au Canada et surtout en Espagne a relancé le débat en France. Perçu désormais comme un point de départ et non plus comme un aboutissement, le PACS a permis d'asseoir les bases d'un nouveau combat politique où il s'agit à la fois de revendiquer l'égalité des droits, c'est-à-dire le droit au mariage, et de déployer des arguments critiques à l'égard de l'institution matrimoniale telle qu'elle existe actuellement, afin de l'adapter aux nouvelles réalités sociales.

L'accès au mariage pour tous les couples, indépendamment du sexe des partenaires, permettrait d'abolir la hiérarchie des sexualités et de rompre avec la suprématie sociale, culturelle et juridique de l'hétérosexualité (condition *sine qua non* d'une véritable égalité des sexualités)<sup>2</sup>. Suite au débat ouvert en France gr ce au mariage de deux hommes célébré dans la mairie de Bègles par le député-maire Noël Mamère le 5 juin 2004, la gauche dans son ensemble s'est prononcée pour l'ouverture du droit au mariage pour les couples de même sexe<sup>3</sup>. En ce sens, on peut lire aujourd'hui dans le programme du Parti socialiste : « Dans le couple. Nous améliorerons le PACS en matière d'inscription à l'état civil, de régime des biens, de droits de succession, de droit au logement, de droits sociaux. Le mariage et l'adoption seront ouverts aux couples de même sexe. » L'arrivée au pouvoir de Nicolas Sarkozy a mis fin au débat sur le mariage entre personnes de même sexe. Le président s'est publiquement prononcé pour une nouvelle forme de conjugalité : l'Union civile, laquelle donnera aux couples les mêmes droits que le mariage à l'exception de la filiation.

1. Ce manifeste signé par plusieurs personnalités a été à l'origine du premier mariage entre personnes de même sexe célébré par Noël Mamère   Bègles le 5 juin 2004 obligeant le Parti socialiste à se prononcer en faveur du mariage entre personnes de même sexe.

2. C'est dans ces termes que se sont prononcés en faveur du mariage pour les couples de même sexe la cour d'appel de l'Ontario (Canada, 2003), la cour d'appel de la Colombie britannique (Canada, 2003), la Cour suprême de Massachusetts ( tats-Unis, 2004), la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud (2005), la Cour suprême de la Californie ( tats-Unis, 2008) et la Cour suprême du Connecticut (2008).

3. Pour une histoire politique du mariage gay voir D. Eribon, *Sur cet instant fragile*, Paris, Fayard, 2004.

### *L'homoparentalité*

L'homoparentalité désigne le lien de parenté entre un ou plusieurs parents homosexuels et un ou plusieurs enfants. Bien que les familles homoparentales existent depuis longtemps, le terme « homoparentalité » n'a émergé sur la scène publique qu'à l'occasion du débat sur le PACS. Ignorées souvent par le droit, les réalités homoparentales se trouvent dans une situation précaire : absence d'autorité parentale partagée ; possibilité de refus du droit de garde ou de visite pour le parent homosexuel ; interdiction d'adoption pour un couple homosexuel ; impossibilité d'établir un lien de filiation entre l'enfant du partenaire et son compagnon pacsé...

Si le droit n'a jamais confondu procréation et filiation, en ce sens que la première renvoie au simple fait biologique alors que la seconde fait référence aux règles qui inscrivent un enfant au sein d'une famille ou sous l'autorité d'un individu, une certaine vulgate psychanalytique, renforcée par un discours pseudo-anthropologique, a pesé lourdement lors des débats relatifs à la procréation médicale assistée. En effet, la loi dite « bioéthique » de 1994 a, pour la première fois, considéré que seul le couple hétérosexuel en âge de procréer pouvait avoir accès aux techniques de reproduction artificielle. Désormais, l'exigence de la présence d'un homme et d'une femme, occupant respectivement la place du père et de la mère, s'est imposée au droit comme une contrainte « naturelle ». Dans ce contexte, la reconnaissance juridique de l'homoparentalité est perçue comme contraire à toute évidence « biologique ». Or la famille nucléaire bourgeoise composée de maman et papa entourés d'enfants n'est plus une réalité majoritaire. La sociologie de la famille montre plutôt l'existence d'un ensemble composite de familles élargies, recomposées, monoparentales et homoparentales. Un droit de la famille démocratique ne peut pas promouvoir un modèle de famille au détriment des autres. C'est aux individus et non pas à l'état de choisir les agencements familiaux qui leur conviennent le mieux. Mais, alors que toutes ces nouvelles configurations familiales ont fini par trouver une reconnaissance légale, les familles homoparentales continuent à être

*Liberté, égalité, criminalité sexuelles* 107

discriminées en France. Si l'homoparentalité est encore perçue comme dangereuse, c'est parce qu'elle met en échec le modèle « naturaliste » et qu'elle radicalise la dimension culturelle des règles qui gouvernent la filiation, lesquelles ont toujours été, dans la société la ique, indépendantes des lois biologiques, des invariants anthropologiques ou des principes psychanalytiques.

Les arguments avancés contre une telle reconnaissance font très souvent référence à l'intérêt supérieur de l'enfant (entendu comme l'intérêt d'avoir deux parents de sexe opposé) et à l'ordre symbolique (voire, supériorité axiologique de l'hétérosexualité sur l'homosexualité) sans que de tels présupposés ne soient vraiment justifiés. Ni l'hétérosexualité, ni la différence de sexe n'ont jamais constitué une condition *sine qua non* pour l'établissement d'un lien de filiation. En effet, les homosexuels, femmes ou hommes, n'ont pas attendu l'autorisation de la loi pour faire des enfants. Les célibataires peuvent toujours adopter en France<sup>1</sup> ou se faire inséminer à l'étranger. C'est justement au nom de l'intérêt de l'enfant que l'état devrait reconnaître aux familles homoparentales les mêmes droits et exiger les mêmes obligations qu'aux familles traditionnelles, comme il l'a fait dans le passé pour les concubins ou les mères célibataires. Nombreuses études scientifiques démontrent que l'orientation sexuelle des parents n'a aucune incidence sur la psychologie des enfants. Les familles homoparentales sont formellement reconnues dans plusieurs pays tels que le Danemark, les Pays-Bas, la Suède, la Belgique, le Canada et le Royaume-Uni et l'Espagne, notamment. En France, l'ensemble des partis de gauche s'est dit favorable à la reconnaissance des familles homoparentales mais, le gouvernement conservateur actuel a refusé de statuer en la matière se limitant à proposer un statut de beau-parent pour le partenaire du parent homosexuel. Si cette proposition règle en partie la question de l'exercice de

1. Dans l'affaire *E. B. c/ France* du 22 janvier 2008 (Req. n  43546/02), la Cour européenne des droits de l'homme a statué par dix voix contre sept, qu'il y a eu violation de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme, combiné avec l'article 8, en raison de la distinction, dictée par des considérations tenant à l'orientation sexuelle de la requérante, opéré par les autorités françaises pour rejeter une demande d'agr ement en vue d'adopter.

## 108 *Le droit des sexualités*

l'autorité parentale pour certains actes de la vie courante, il est loin d'octroyer la qualité de parent à part entière à celui ou celle qui s'est engagé dans un projet parental avec son ou sa partenaire de même sexe.

### *La lutte contre les discriminations envers les homosexuels*

Bien que des inégalités subsistent au niveau du couple homosexuel et des familles homoparentales, un progrès considérable a eu lieu en France en matière de lutte contre les discriminations des individus en raison de leur orientation sexuelle<sup>1</sup>. En effet, en matière pénale, sont sanctionnées depuis 1985, les discriminations consistant à : refuser d'embaucher ; sanctionner ou licencier une personne et subordonner une offre d'emploi à la sexualité de la personne. Aussi, dès lors que celui qui discrimine est une autorité publique, sont prohibées les discriminations consistant à : « refuser le bénéfice d'un droit accordé par la loi et/ou à entraver l'exercice normal d'une activité économique quelconque ». Pour les emplois publics, la norme applicable est l'article 6 de la loi n  83-634 du 13 juillet 1983 (modifié par la loi 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations) qui permet d'élargir la protection aux fonctionnaires.

1. L'homophobie est l'attitude d'hostilité à l'égard des homosexuels. Le terme semble avoir été utilisé pour la première fois aux  tats-Unis en 1971, mais ce n'est qu'à la fin des années 1990 qu'il appar t dans les dictionnaires européens. Si la composante première de l'homophobie est un refus irrationnel, voire une haine envers les gays et les lesbiennes, elle ne peut néanmoins être réduite à cela. De même que la xénophobie, le racisme, ou l'antisémitisme, l'homophobie est une manifestation arbitraire qui consiste à désigner l'autre comme contraire, inférieur ou anormal. Sa différence irréductible le place ailleurs, hors de l'univers commun des humains. Crime abominable, amour honteux, goût d prav , m eurs infâmes, passion d'ignominie, p ch  contre nature, vice de Sodome, autant de désignations qui, pendant des siècles, ont servi à qualifier le désir et les relations sexuelles ou affectives entre personnes de même sexe. Enfermé dans le rôle du marginal ou de l'excentrique, l'homosexuel est désigné par la norme sociale comme bizarre, étrange ou fantasque. Et le mal venant toujours d'ailleurs, en France par exemple on a qualifié l'homosexualité de « vice italien », de « m eurs arabes », de « vice grec », ou encore de « coutumes coloniales ». L'homosexuel comme le Noir, le juif ou l'étranger est toujours l'autre, le diff rent, celui avec qui toute identification est impensable. Pour une analyse plus approfondie de la question voir D. Borrillo, *L'homophobie*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 2000.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 109

Au-delà de la protection pénale prévue pour les cas de discrimination au travail et à l'emploi, il existe de nombreuses dispositions spécifiques dans le droit du travail (règlement intérieur, rémunération, qualification, mutation, carrière...). Les dispositifs protecteurs de lutte contre les discriminations s'appliquent non seulement aux salariés à temps complet qu'à l'emploi temporaire et aux postes de stagiaires ordinaires. Mais au-delà de ces formes de discrimination spécifique, l'homosexualité peut également susciter chez certains individus une réaction d'hostilité. Quelques mesures témoignent d'une attention nouvelle des pouvoirs publics à l'égard de cette situation : une loi du 15 juin 2000 a ainsi confié au Conseil supérieur de l'audiovisuel, la mission de veiller à ce que les programmes radiophoniques et télévisuels « ne contiennent aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons (...) de m eurs ». Les discours injurieux, diffamatoires et d'incitation à la discrimination sont également prohibés. La diffamation consiste en une allégation ou l'imputation d'un fait précis qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel il est imputé. L'injure est une expression outrageante utilisant des termes de mépris ou d'offense et à la différence de la diffamation elle ne contient l'imputation d'aucun fait déterminé. L'injure et la diffamation sont des délits de caractère général sanctionnés par une vieille loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse. En 1972, une modification de cette loi a permis la mise en place d'un dispositif permettant de sanctionner spécifiquement les propos racistes. Des années plus tard, la loi n  2004-1486 du 30 décembre 2004 « portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité », introduit une nouvelle modification à la loi de 1881 afin de permettre également la sanction des discours injurieux, diffamatoires et d'incitation à la discrimination envers une « personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle ou de leur handicap ».

Par ailleurs, diverses dispositions du Code pénal prévoient une aggravation spéciale de la peine encourue, dès lors que l'infraction a été commise en raison de l'« orientation sexuelle » de la victime. Ainsi, depuis la loi du 18 mars 2003 le critère d'« orientation sexuelle » a été ajouté syst ma-

## 110 *Le droit des sexualités*

tiquement à la liste des autres circonstances aggravantes mentionnées *ut supra* mettant fin à la discrimination qu'en matière pénale subissaient les homosexuels. Désormais, le mobile homophobe est considéré aussi odieux que le mobile raciste ou antisémite. Le meurtre est ainsi puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis en raison de l'orientation sexuelle de la victime<sup>1</sup>. Selon l'article 222-11 du Code pénal, « les violences ayant entraîné une incapacité totale de travail pendant plus de huit jours sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 à d'amende ». Lorsqu'elle est commise en raison de l'orientation sexuelle de la victime, l'infraction définie dans cet article est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende.

De même, sur le plan civil, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité s'est prononcée à plusieurs reprises condamnant les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle<sup>2</sup>. Ainsi, le refus par la direction d'un hôtel de louer une chambre avec un lit double à deux hommes en couple et de leur proposer une chambre avec deux lits simples, en raison de leur orientation sexuelle, constitue pour la Haute Autorité une différence de traitement prohibée par les articles 225-1 et 225-2-1  du Code pénal<sup>3</sup>. De même, le 7 juillet 2008, la Haute Autorité a été saisie par un enseignant s'estimant victime de harcèlement moral en lien avec son orientation sexuelle. Elle recommande à l'administration d'examiner les conditions d'une réparation adaptée du préjudice subi par l'enseignant<sup>4</sup>.

1. Art. 221-4 du Code pénal.

2. Voir par exemple : Délibération relative à des faits de harcèlement moral en lien avec l'apparence physique et l'orientation sexuelle du réclamant n  2007-252 du 1 r octobre 2007 et Délibération relative au refus de renouveler l'engagement d'un maître auxiliaire à raison de son orientation sexuelle n  2007-160 du 18 juin 2007.

3. Délibération relative au refus de location dans un hôtel d'une chambre double à une couple homosexuel n  2005-91 du 19 décembre 2005.

4. Délibération relative à un harcèlement moral en lien avec l'orientation sexuelle n  2008-174 du 7 juillet 2008. Voir aussi Délibération n  2008-107 sur la pension de réversion, Délibération n  2008-14 sur le refus d'agrément permettant d'intervenir en milieu scolaire ; Délibération n  2007-371 sur les emplois publics et privés ; Délibération n  2007-203 sur le congé paternité.

#### SECTION IV LA CRIMINALITÉ SEXUELLE

Le Code pénal traite dans la troisième section du chapitre II (*Des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne*) des agressions sexuelles ainsi que du harcèlement sexuel.

La liberté sexuelle fait donc partie de l'intégrité physique et psychique de la personne. La loi pénale protège l'exercice normal de la sexualité basé sur l'autonomie individuelle. Personne ne peut interférer dans la sphère sexuelle d'autrui sans son consentement. Le crime sexuel constitue une violence à l'intégrité physique et non pas une atteinte aux bonnes mœurs comme cela était le cas dans l'ancien Code pénal. La disparition de cette référence à la moralité montre bien la volonté du Législateur d'affranchir la question sexuelle de la morale traditionnelle. Il ne devrait donc pas exister une norme sexuelle substantielle. Dès lors qu'elles engagent des personnes adultes et consentantes, toutes les sexualités devraient être considérées légitimes et leur valeur devrait dépendre uniquement de la volonté des individus concernés, du sens qu'ils entendent donner à leur propre vie sexuelle et de l'absence de dommages à autrui.

##### A - LA SEXUALITÉ SUBIE

Si le choix est l'élément qui permet de déterminer la licit  d'un acte sexuel, seul est interdit celui que l'on fait subir à autrui. C'est donc l'absence de consentement qui rend un comportement contraire au droit et non pas son contenu moral. La valeur première étant l'autonomie personnelle, toute atteinte à celle-ci doit être sanctionnée, y compris lorsqu'elle est commise dans le cadre conjugal. Le point d'orgue de cette valorisation du consentement réside certainement

## 112 *Le droit des sexualités*

dans le tournant jurisprudentiel emprunté par la Cour de cassation dans les années 1990 et l'av nement du crime de viol entre époux<sup>1</sup>. Comme le souligne D. Roman, « le mariage, désormais, ne confère plus un droit sur le corps du conjoint »<sup>2</sup>. Cependant, d'après les résultats de l'enquête de victimisation (*Observatoire national de la délinquance*, 2007), près de 475 000 personnes (de 18 à 60 ans) ont subi des violences sexuelles dont un quart au sein du ménage.

Le Code pénal sanctionne les infractions sexuelles. Constitue une agression sexuelle tout comportement à caractère sexuel imposé à une personne qui n'est pas consentante<sup>3</sup>. L'agression sexuelle se caractérise donc par l'emploi de la violence, de la contrainte, de la menace ou de la surprise<sup>4</sup>. Le pouvoir contraignant des menaces exigées pour la réalisation de l'agression sexuelle est apprécié *in concreto* par le juge qui tient compte du contexte dans lequel l'infraction est commise et évalue les particularités de la victime.

Le viol se distingue des autres agressions sexuelles par l'acte de pénétration. Ces agressions supposent toujours que l'infraction soit commise sur le corps d'autrui et non pas sur sa propre personne auquel cas il s'agit d'une exhibition sexuelle, à condition que l'infraction soit perçue par le public.

Peuvent être déclarées responsables d'une infraction sexuelle, non seulement les personnes physiques mais également les personnes morales, comme une entreprise ou une administration<sup>5</sup>.   la différence de l'agression sexuelle, l'atteinte sexuelle est une infraction exercée par un majeur, sans violence, menace, contrainte ni surprise sur un mineur<sup>6</sup>. Lorsque le mineur a entre 15 et 18 ans et qu'il n'est pas émancipé par le mariage, l'atteinte est sanctionnée uniquement si elle est commise par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime

1. Cass. crim., 11 juin 1992, *D.*, 1993, *Jur.*, p. 117.

2. « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? », La liberté sexuelle et ses juges :  tude de droit français et comparé, *Dalloz*, 2005, p. 1508

3. Selon l'article 222-22 du Code pénal « constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise ».

4. Art. 222-22 du Code pénal.

5. Art. 222-33-1 du Code pénal.

6. Art. 227-25 du Code pénal.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 113

ou lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions<sup>1</sup>.

Dans le dernier chapitre de cet ouvrage nous analyserons de manière approfondie les différentes infractions sexuelles sanctionnées par la loi pénale, à savoir : le viol, l'agression sexuelle *stricto sensu*, l'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel<sup>2</sup>.

B - VIOLENCES SEXUELLES, VIOLENCES SEXUÉES

Le rapport de l'*Observatoire national de la délinquance* (OND)<sup>3</sup> montre qu'entre 1996 et 2004 les violences sexuelles ont augmenté de 36 % et que le nombre de plaintes a plus que doublé. Cela ne signifie pas nécessairement que l'on commet aujourd'hui plus de crimes sexuels qu'auparavant mais tout simplement que les victimes les dénoncent d'une manière plus récurrente. Selon l'INSEE, en 2000 une femme sur dix a subi une agression sexuelle au cours de sa vie et sur les 230 000 viols ou tentatives de viol commis chaque année, seulement 20 % environ sont recensés par la police<sup>4</sup>. Les chiffres relatifs à la violence sexuelle montrent, comme pour les violences en général, que les auteurs de ce type d'infraction sont en grande majorité des hommes. Ainsi, d'après l'OND<sup>5</sup>, sur l'ensemble des hommes majeurs mis en cause pour atteintes volontaires à l'intégrité physique, 6,5 % l'étaient pour violences sexuelles alors que les femmes ne représentaient que 1,1 %.

  la différence des violences sexuelles, les violences sexuées sont celles dont le sexe de l'auteur ou de la victime apparaît comme un élément constitutif de l'infraction. Les violences sexuées ne sont pas nécessairement des violences

1. Art. 227-27 du Code pénal.
2. La criminalité sexuelle est analys e de manière plus approfondie dans le chapitre consacré au droit pénal de la sexualité.
3. 1<sup>er</sup> rapport de l'Observatoire national de la délinquance, INHES, 2005.
4. Observatoire national de la délinquance – 2007.
5. Rapport 2006 : [http://www.inhes.interieur.gouv.fr/fichiers/OND\\_rapport2007\\_20\\_F14.pdf](http://www.inhes.interieur.gouv.fr/fichiers/OND_rapport2007_20_F14.pdf).

114 *Le droit des sexualités*

sexuelles. Sous cette première appellation est regroupé l'ensemble de crimes et de délits connus comme « violence conjugale » ou « violence domestique ». D'après le Conseil de l'Europe, « la violence domestique est un phénomène qui touche tous les pays, quels que soient la classe sociale, la race ou le niveau d'éducation des personnes concernées. Elle relève d'une lutte de pouvoir et d'une volonté d'entretenir l'inégalité des relations entre hommes et femmes et de perpétuer la soumission de ces dernières »<sup>1</sup>. Dans la plupart des cas, les femmes sont victimes de violences de la part de leur conjoint ou de leur compagnon. Selon une *Enquête nationale sur les violences envers les femmes en France* (ENVEFF) confiée et réalisée par l'Institut de démographie de l'Université de Paris I en 1999, ces infractions sont majoritairement le fait d'agresseurs masculins adultes : 99 % en matière d'agressions sexuelles ; 93 % des auteurs de tentatives de meurtre ; plus de 80 % pour les auteurs de violences sur le lieu du travail. Ces agresseurs sont en grande majorité connus de la femme victime : père, conjoint, membres de la famille, proches, familiers. Soulignons toutefois que la violence domestique est une expression qui regroupe des agressions physiques (coups, mutilations, meurtre...) et psychologiques (insultes, menaces, chantages...) qui peuvent être ou non de nature sexuelle. Aussi, des atteintes contre des biens comme le vol, la dégradation ou destruction de la propriété ou la confiscation des revenus peuvent également être considérées comme des violences conjugales. Selon l'ENVEFF, une femme sur dix se déclare avoir été victime de violences conjugales (physiques ou morales) pendant son existence<sup>2</sup>. La violence domestique reproduit d'une manière radicale les r les de genre au sein du couple et de la famille. La domination masculine et le sexisme expliquent la disproportion entre le nombre d'hommes et de femmes victimes de ce type des violences, non seulement parce que les femmes les subissent plus souvent mais aussi parce que les hommes, lorsqu'ils sont victimes, n'osent pas

1. Rapport de la Commission sur l'égalité des chances pour les femmes et les hommes sur les violences domestiques, Doc. 9525, 17 juillet 2002, rapporteur : Mme Olga Keltošov , Slovaquie, Groupe des démocrates européens.

2. Enquête ENVEFF menée sur des femmes de 20 à 59 ans, victimes au cours de l'année 1999, Institut de démographie de l'Université de Paris I.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 115

dénoncer leurs femmes, considérant que cela mettrait en cause leur virilité.

L'OND dénombre en France, pour l'année 2004, 25 cas d'hommes et 162 cas de femmes tués par le conjoint ou le concubin<sup>1</sup>. Une étude menée par la délégation aux victimes du ministère de l'Intérieur (rendue publique le 25 novembre 2006 par le ministère de la Parité) recense pour les neuf premiers mois de 2006, 113 homicides commis au sein du couple, dont 83 % des victimes étaient des femmes. Dans près de la moitié des cas, les couples étaient séparés ou en instance de séparation.

Les homicides conjugaux provoquent aussi des dommages chez les enfants pouvant même aller jusqu'à leur décès. En effet, dix enfants ont trouvé la mort immédiatement après le meurtre de l'un de leurs parents.

Dans 18 % des cas de femmes auteures d'homicides contre leur compagnon, ces femmes étaient elles-mêmes victimes de violences domestiques. Selon les chiffres rendus publics le 2 octobre 2008 par le secrétariat d'Etat à la Solidarité, 410 000 femmes ont déclaré avoir été victimes de violences physiques de la part d'un conjoint ou ex-conjoint. Pourtant, elles ne sont que 9 % à porter plainte contre leurs compagnons. En revanche, plus de 50 % de femmes portent plainte contre l'ancien compagnon. Un plan d'action et de prévention pour combattre les violences faites aux femmes vient d'être mis en place par le gouvernement. Comprenant la période 2008-2010, il comporte douze mesures regroupées sous quatre grands axes :

- 1 / une meilleure connaissance statistique, grâce aux chiffres fournis par les études, permet de mieux sensibiliser l'opinion et d'adapter les mesures à la réalité des faits ;
- 2 / une amélioration de la prévention passant par une sensibilisation de la société et une prévention de la récidive ;
- 3 / une meilleure coordination des acteurs et relais sur tout le territoire permettant au niveau départemental de disposer de moyens pour répondre aux besoins, au plus près des victimes et enfin

1.  tude sur « les éléments de mesures des violences conjugales », INHES, 2006.

116 *Le droit des sexualités*

4 / une meilleure protection des victimes avec des structures d'accueil et d'hébergement pour recevoir les femmes et leurs enfants<sup>1</sup>.

La loi n  2006-399 du 4 avril 2006 « renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs » a introduit un certain nombre de circonstances aggravantes concernant les infractions au sein de la famille<sup>2</sup>. Ainsi, l'article 132-80 du Code pénal dispose désormais que dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'auteur de l'infraction est le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. La circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité. Ces dispositions sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime. De même, l'article 222-13 du Code pénal fait de la violence conjugale un crime passible de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 à d'amende. La loi de 2006 a également introduit un certain nombre de mesures d'éloignement du partenaire violent afin de préserver l'intégrité physique et psychique de la victime<sup>3</sup>. Une nouvelle disposition prévoit notamment l'extension du suivi sociojudiciaire avec injonction de soins aux auteurs de violences commises au sein du couple<sup>4</sup>.

En matière de droits des étrangers, le Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, permet à la victime étrangère de violences domestiques de continuer à bénéficier d'un séjour régulier en France « en raison de violences conju-

1. [http://www.premierministre.gouv.fr/chantiers/egalite\\_hommes\\_femmes\\_992/refuser\\_les\\_violences\\_faites\\_61205.html](http://www.premierministre.gouv.fr/chantiers/egalite_hommes_femmes_992/refuser_les_violences_faites_61205.html).

2. Bien que les victimes soient en majorité les femmes, la loi ne fait pas une distinction des sexes des agresseurs. Elle s'applique également aux couples homosexuels.

3. Art. 41-1, al. 6, art. 41-2, al. 14, art. 138, al. 17 du Code de la procédure pénale *et al.*, 19  de l'article 132-45 du Code pénal.

4. Loi 2007-297 du 5 mars 2007.

*Liberté, égalité, criminalité sexuelle* 117

gales qu'il ou elle a subies de la part de son conjoint », dans ce cas « l'autorité administrative ne peut pas procéder au retrait du permis de séjour »<sup>1</sup>.

C - LES CIRCONSTANCES AGGRAVANTES  
EN FONCTION DE L'ORIENTATION SEXUELLE  
DE LA VICTIME

*La loi n  2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité a ajouté systématiquement à la liste des circonstances aggravantes (  raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnique, une nation, une race ou une religion déterminée) l'orientation sexuelle, mettant ainsi fin à la discrimination, qu'en matière pénale, subissaient les homosexuels. L'article 132-77 du Code pénal pose le principe général selon lequel, « dans les cas prévus par la loi, les peines encourues pour un crime ou un délit sont aggravées lorsque l'infraction est commise à raison de l'orientation sexuelle de la*

1. Art. L. 314-5-1. Ce dispositif est complété par l'art. R. 121-8 (d cr. n  2007-371 du 21 mars 2007) : « Les ressortissants d'un état tiers mentionnés à l'article L. 121-3, admis au séjour en leur qualité de membre de famille, conservent leur droit au séjour :

- 1  En cas de décès du ressortissant accompagné ou rejoint et à condition d'avoir établi leur résidence en France en tant que membre de sa famille depuis plus d'un an avant ce décès ;
- 2  En cas de divorce ou d'annulation du mariage avec le ressortissant accompagné ou rejoint :
  - a) Lorsque le mariage a duré au moins trois ans avant le début de la procédure judiciaire de divorce ou d'annulation, dont un an au moins en France ;
  - b) Lorsque la garde des enfants du ressortissant accompagné ou rejoint leur est confiée en qualité de conjoint, par accord entre les conjoints ou par décision de justice ;
  - c) Lorsque des situations particulièrement difficiles l'exigent, notamment lorsque la communauté de vie a été rompue à l'initiative du membre de famille en raison de violences conjugales qu'il a subies ;
  - d) Lorsque le conjoint bénéficie, par accord entre les époux ou par décision de justice, d'un droit de visite à l'enfant mineur, à condition que ce droit s'exerce en France et pour la durée nécessaire à son exercice.

Pour l'acquisition du droit de séjour permanent prévu au deuxième alinéa de l'article L. 122-1, ils doivent entrer à titre individuel dans l'une des catégories définies aux 1 , 2 , 4  ou 5  de l'article L. 121-1. »

118 *Le droit des sexualités*

victime ». Cette circonstance aggravante est constituée, d'après le même article, « lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d'images ou d'objets ou actes de toute nature portant 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 leur orientation sexuelle vraie ou supposée ». L'alinéa 7 de l'article 221-4 dispose : « Le meurtre est puni de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime. » Beaucoup d'autres infractions sont également aggravées lorsque le mobile homophobe est avéré. Ainsi, les actes de torture sont punis de vingt ans de réclusion criminelle lorsqu'ils sont commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime<sup>1</sup>. De même, les violences ayant entraîné la mort sont punies de vingt ans de réclusion criminelle<sup>2</sup> ; les violences ayant entraîné une mutilation ou infirmité permanente sont punies de quinze ans de réclusion criminelle<sup>3</sup> ; l'incapacité totale de travail est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende<sup>4</sup> ; les violences ayant entraîné une incapacité de travail inférieure ou égale à huit jours ou n'ayant entraîné aucune incapacité de travail sont punies de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 à d'amende<sup>5</sup> lorsqu'elles sont commises à raison de l'orientation sexuelle de la victime.

Le tribunal correctionnel de Marseille a condamné le 5 avril 2006 à des peines allant de deux à douze mois de prison ferme les six agresseurs mineurs d'un gay. Le caractère homophobe de l'agression a été retenu par le tribunal, qui octroie aussi des dommages et intérêts aux associations *SOS Homophobie* et à la *Ligue des droits de l'homme*, parties civiles au procès.

L'orientation sexuelle (vraie ou supposée) de la victime est également une circonstance aggravante du viol qui sera alors puni de vingt ans de réclusion criminelle<sup>6</sup>, tout comme les agressions sexuelles autres que le viol, lesquelles sont frap-

1. Art. 222-3-5 *ter* du Code pénal.
2. Art. 222-8-5 *ter* du Code pénal.
3. Art. 222-10-5 *ter* du Code pénal.
4. Art. 222-12-5 *ter* du Code pénal.
5. Art. 222-13-5 *ter* du Code pénal.
6. Art. 222-24 du Code pénal.

p es de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 à d'amende<sup>1</sup>. L'extorsion aussi se trouve aggravée par une peine de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 à d'amende « lorsqu'elle est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, ou de son orientation sexuelle, vraie ou supposée »<sup>2</sup>. Il en va de même en matière d'atteinte aux biens, notamment en matière de destruction, dégradation et détérioration ou encore de vol<sup>3</sup>. Ce n'est pas uniquement l'acte matériel qui est sanctionné mais aussi l'intimidation. La loi dispose que « lorsqu'elles sont commises à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, les menaces prévues au premier alinéa de l'article 222-17 (menace de commettre un crime ou un délit) sont punies de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 à d'amende, celles prévues au second alinéa de cet article et au premier alinéa de l'article 222-18 (menaces avec l'ordre de remplir une condition) sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende, et celles prévues au second alinéa de l'article 222-18 (menaces de mort) sont punies de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 à d'amende. Les mêmes peines sont encourues lorsque ces menaces sont proférées à raison de l'orientation sexuelle vraie ou supposée de la victime.

Cette aggravation légale de la peine ou de l'infraction (par le biais de sa correctionnalisation) signifie que le contexte particulier dans lequel elle a eu lieu apparaît comme plus grave que d'ordinaire. Justifiée par l'appréciation d'une vulnérabilité particulière de la victime, cette aggravation permet également d'énoncer une condamnation morale de principe. Cela constitue souvent le moyen d'exprimer dans la loi pénale la réprobation particulière suscitée par certains agissements, en l'occurrence l'homophobie.

1. Art. 222-30-6 du Code pénal.

2. Art. 312-2, al. 3<sup>o</sup> du Code pénal.

3. Art. 311-4-9 : « Le vol est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende : Lorsqu'il est commis à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée, ou de son orientation sexuelle, vraie ou supposée. »

*L'injure et la diffamation sexistes et homophobes*

En matière de lutte contre les discriminations, ce ne sont pas uniquement les actes matériels qui sont prohibés mais également les discours injurieux, diffamatoires et d'incitation à la discrimination. La diffamation est une allégation ou une imputation d'un fait précis qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel il est imputé. Pour rappel, l'injure est une expression outrageante utilisant des termes de mépris ou d'offense, à la différence de la diffamation qui ne contient l'imputation d'aucun fait déterminé. L'injure et la diffamation homophobes sont des délits sanctionnés par la loi de 2004. Lorsque la diffamation est commise publiquement envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle, elle est passible d'une peine d'emprisonnement d'un an et de 45 000 à d'amende, s'agissant d'une injure de la même nature, la peine est de six mois d'emprisonnement et de 22 500 à d'amende. Le ministère public peut poursuivre lorsque les propos ont été adressés à un groupe de personnes. Les associations inscrites depuis au moins cinq ans et ayant pour objet la défense des droits des gays et des lesbiennes peuvent se constituer en partie civile et s'agissant d'injures, diffamations ou incitation à la discrimination d'un groupe à raison de son orientation sexuelle. S'il s'agit d'un propos injurieux, diffamatoire ou incitant à la discrimination envers une personne à titre individuel, l'accord de la victime est nécessaire. Non seulement sont sanctionnés les propos diffamatoires et injurieux manifestés par tout support public de l'écrit, de la parole ou de l'image mais aussi ceux tenus en privé. Ces derniers sont punis d'une amende, à condition qu'ils n'aient pas été précédés de provocation<sup>1</sup>.

1. Art. R. 621-1, R. 621-2, R. 624-3, R. 624-4 du Code pénal.

*L'incitation à la violence et à la discrimination  
des femmes et des homosexuels*

Outre l'injure et la diffamation, l'incitation à la discrimination, à la haine ou à la violence est également sanctionnée. Cette provocation est contenue dans les propos tenus dans des lieux publics ou dans des écrits vendus, distribués ou affichés dans ces mêmes lieux, à défaut de publicité, l'infraction ne constitue qu'une contravention<sup>1</sup>. Le délit suppose la mauvaise foi, c'est-à-dire la volonté de provoquer à la haine ou la discrimination. Comme en matière de diffamation, il incombe au prévenu d'apporter la preuve des éléments justifiant de sa bonne foi.

La provocation à la discrimination, la haine ou la violence n'a pas besoin d'être suivie d'effet pour que l'infracteur soit sanctionné. En effet, la loi sur la liberté de la presse dispose que sont punis d'un an d'emprisonnement et de 45 000 à d'amende ou de l'une de ces deux peines seulement (art. 24 2 , al. 3) ceux qui, « soit par des discours, cris ou menaces proférés dans des lieux ou réunions publics, soit par des écrits, imprimés, dessins, gravures, peintures, embl mes, images ou tout autre support de l'écrit, de la parole ou de l'image vendus ou distribués, mis en vente ou exposés dans des lieux ou réunions publics, soit par des placards ou des affiches exposés au regard du public, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique, auront directement provoqué l'auteur ou les auteurs à commettre une provocation à la discrimination, la haine ou la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur sexe ou de leur orientation sexuelle ».

  la différence de la provocation à la discrimination raciale sanctionnée en toutes circonstances, la provocation à la discrimination à raison du sexe ou de l'orientation sexuelle n'est punie que pour les infractions prévues par l'article 225-2 du Code pénal, à savoir, le refus de fournir un bien ou un ser-

1. En effet, l'article R. 625-7 du Code pénal sanctionne « la provocation non publique à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison (...) de leur orientation sexuelle... ».

122 *Le droit des sexualités*

vice ; l'entrave à un exercice normal d'une activité économique ; le refus d'embaucher ; la subordination d'une offre d'emploi à l'orientation sexuelle et le refus d'accepter une personne dans un stage de formation ou une r adap-tation professionnelle. C'est pourquoi se prononcer contre le mariage entre personnes de même sexe ou contre l'homopa-renalit  ne peut pas être considéré comme une incitation à la discrimination car ces différences de traitement sont autori-s es en droit français.

Rappelons que du point de vue procédural, aussi bien le ministère public que toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits se proposant, par ses statuts, de combattre les violences ou les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle ou d'assister les victimes de ces discriminations, peut exercer les droits reconnus à la partie civile. Toutefois, quand l'infraction aura été commise envers des personnes considérées individuellement, l'associa-tion ne sera recevable dans son action que si elle justifie avoir reçu l'accord de ces personnes<sup>1</sup>.

1. Loi 2004-1486 du 30 décembre 2004, art. 22, 2<sup>o</sup>.

---

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles*

### SECTION I LA SEXUALITÉ CONSENTIE

#### A - LES AMOURS ÉGALES

Suivant l'approche libérale de nos analyses, l'homosexualité doit être considérée comme une simple variante de la sexualité humaine. Lorsqu'elle concerne des adultes consentants, l'homosexualité, en tant que telle, est dépourvue des conséquences juridiques. Toutefois, il serait naïf de penser que l'absence de sanctions légales implique une acceptation sociale. Le droit en tant que variable dépendante de la société est dépositaire d'une histoire. Depuis l'empereur Justinien jusqu'à la Révolution française, dans l'ensemble des pays chretiens, l'homosexualité était assimilée à un crime puni souvent par la peine de mort. Nulle part ailleurs que dans l'Occident judéo-chrétien, l'homosexualité fut considérée avec autant d'horreur. Les notions de « péché », « crime » et « maladie » se sont cumulées provoquant une stigmatisation accrue des homosexuels.

Si la civilisation gréco-romaine accordait une place officielle aux amours masculines, le christianisme triomphant ne tardera pas à mettre en place un dispositif répressif. Le

*Conseil eccl sastique d'Elvira* de 309 marque une première rupture avec la tradition gréco-romaine transformant l'homosexualité en p ch , inaugurant ainsi un long processus de persécutions. Le système de domination masculine et patriarcale se consolide au sein de la tradition judéo-chrétienne avec l'introduction d'une nouvelle dichotomie « hétérosexuel/homosexuel » qui, sous la forme du péché de sodomie, depuis lors structure nos rapports au sexe et à la sexualité.

Imprégné de l'esprit canonique, plus tard le pouvoir royal réservera aux homosexuels un traitement d'une particulière violence. Tout au long du Moyen âge, le droit de l'Ancien Régime punissait les rapports sexuels entre personnes de même sexe avec des peines allant de la confiscation des biens à la mort. L'Inquisition ne représente qu'une facette de cette répression. Reste l'impressionnant appareil des lois royales qui ne font elles-mêmes, le plus souvent, que reproduire les prescriptions religieuses.

La fin de la monarchie d'origine divine constitue le premier pas vers la tolérance à l'égard de l'homosexualité. En effet, la France fut le premier pays au monde à faire sortir de la loi pénale le crime de sodomie. Comme dans l'ensemble des pays occidentaux, avant la Révolution française, plusieurs normes condamnaient l'homosexualité avec la plus grande fermeté. Inspiré par la philosophie des Lumières, le premier Code pénal révolutionnaire de 1791 ainsi que le Code napoléonien de 1810 cessent d'incriminer les « m eurs contre nature ». Le libéralisme politique et la laïcisation de l'Ordre public prônaient l'abstention de l'état dans la sphère de la vie privée des individus majeurs et consentants. En matière criminelle, l'élite française du XVIII  siècle se trouvait sous l'influence des idées de Cesare Beccaria<sup>1</sup>, pour qui l'homosexualité était certes condamnable moralement mais devait être exempte de sanction pénale. Toutefois, le silence des Codes pénaux fut accompagné, pendant cette période, d'une jurisprudence et d'un appareil clinique particulièrement répressif à l'égard des homosexuels.

1. *Des délits et des peines* (1764).

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 125

Un siècle et demi plus tard, le 6 août 1942, quelques mois après la promulgation d'une loi sur le statut des Juifs, la France réintroduit dans la loi criminelle une disposition pénalisant l'homosexualité. En effet, le maréchal Pétain modifiera le Code pénal en insérant le délit d'actes impudiques et contre nature avec un mineur de 21 ans ayant le même sexe que l'auteur, alors que pour les actes hétérosexuels la majorité était établie à 13 ans.   la Libération en 1945, le général de Gaulle, maintiendra cette incrimination en la replaçant dans le chapitre des « attentats aux mœurs »<sup>1</sup>. De plus, en 1946 un nouvel article de loi, qui fera partie ultérieurement du statut général des fonctionnaires, stipulait : « Nul ne peut être nommé à un emploi public s'il n'est de bonne moralité » justifiant ainsi des discriminations. Un article du Code du travail établissait : « Le maître doit se conduire envers l'apprenti en bon père de famille, surveiller sa conduite et ses mœurs, soit dans la maison soit au-dehors, et avertir ses parents (...) des penchants vicieux qu'il pourrait manifester », permettant donc de légitimer les licenciements pour mauvaise moralité, voire homosexualité. Le 1<sup>er</sup> février 1949, le préfet de police de Paris dicte une ordonnance surprenante : « Dans tous les bals (...) il est interdit aux hommes de danser entre eux. »

Plus tard, dans le cadre de la lutte contre certains fléaux sociaux, une loi du 30 juin 1960 place l'homosexualité au même niveau que le proxénétisme ou l'alcoolisme. Une ordonnance du 25 novembre de la même année complète l'appareil répressif en ajoutant à l'article 331 une circonstance aggravante d'outrage public à la pudeur lorsque l'acte est accompli par des individus de même sexe. En 1968, la France adopte la classification de l'OMS (1965) concernant les maladies mentales dans laquelle figure l'homosexualité au même titre que le fétichisme, l'exhibitionnisme, la nécrophilie...

Une loi du 23 décembre 1980 modifiant les dispositifs pénaux relatifs au viol maintient l'incrimination fondée sur la différence d'âge selon que les rapports soient entre personnes du même sexe ou de sexe opposé. Le Conseil constitution-

1. Ancien art. 331, al. 2 Code pénal.

## 126 *Le droit des sexualités*

nel considéra cette disposition conforme à la constitution dans une décision 80-125 du 19 décembre 1980.

  partir de l'année 1982 commence une période d'égalité, d'abord grâce à la disparition de la différence d'âge entre rapports homosexuels et hétérosexuels puis par l'adoption progressive de mesures contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle<sup>1</sup>. Depuis, un changement juridique radical s'est opéré : ce n'est plus l'homosexualité qui est problématisée mais au contraire l'homophobie.

### *La controverse entre H. Hart et P. Devlin sur la dépénalisation de l'homosexualité*

Le 3 septembre 1957 le Parlement britannique rend public les résultats d'une étude confiée à un groupe d'experts indépendants : *Report of the Departmental Committee on Homosexual Offences and Prostitution*. D fiant les idées de l'époque, ce texte recommandait la dépénalisation des « actes homosexuels » en privé entre adultes consentants. Le groupe constitué de magistrats, psychiatres, membres du clergé, un professeur de théologie morale et un ancien ministre des Affaires étrangères était présidé par John Wolfenden dont le nom sera désormais associé au rapport. La première séance aura lieu le 15 septembre 1954, les audiences et délibérations dureront trois ans. Sur les treize membres du groupe, seulement un a considéré que l'homosexualité devait continuer à être pénalisée, les autres ont conclu qu'à partir de 21 ans les individus devaient être libres de pouvoir consentir à des rapports sexuels entre personnes du même sexe. Contrairement aux idées de l'époque qui considéraient l'homosexualité comme un dysfonctionnement psychique, le rapport estimait que « l'homosexualité ne peut être vue comme une maladie car dans de nombreux cas il s'agit simplement d'un symptôme compatible avec une santé mentale pleine dans d'autres domaines de la vie de l'individu ». Les conclusions du document ont produit une tempête médiatique et plusieurs jour-

1. Voir le chapitre sur l'égalité des orientations sexuelles dans cet ouvrage.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 127

naux britanniques n'ont pas h siti  à parler de « rapport du vice ». Le 4 décembre 1957, grâce à l'impulsion du rapport Wolfenden, a commencé le célèbre débat parlementaire qui mènera, dix ans plus tard, à la sortie de l'homosexualité de la loi pénale.

Le rapport se trouve à l'origine de la controverse juridique entre H. Hart et P. Devlin sur la relation entre le droit et la morale. La dépénalisation de l'homosexualité apparaît ainsi comme le scénario sur lequel se développent deux philosophies du droit et de l'état opposées. Lord Devlin considère que la société a le droit de faire prévaloir une vision de la morale majoritaire qui, par le biais de la loi, peut s'imposer aux individus et à leur vie privée. Un droit sans morale détruit la liberté de conscience et conduit vers la tyrannie. C'est pourquoi cette morale constitutive de la société (*society's constitutive morality*) doit, dans certains cas, prévaloir sur la morale individuelle. Selon lord Devlin, c'est l'homme moyen « raisonnable » qui incarne la morale sociale. Il estime qu'une ingérence négative contre la morale sociale (en l'occurrence l'homosexualité) pourrait menacer cette dernière de décomposition, cette interférence ne peut donc nullement être justifiée sous prétexte qu'il s'agirait d'actes de nature privée. Le droit doit certes concilier les intérêts privés et publics mais ce sont toujours ces derniers qui priment sous peine de faire courir à la société un risque de désintégration. D'après Devlin, le rôle du droit est de maintenir la cohésion sociale laquelle dépend de cette morale publique. Les relations homosexuelles étant de nature à effrayer la morale sociale ne sauraient donc être dépourvues de sanctions pénales.

En réponse aux observations de lord Devlin, le P<sup>r</sup> Hart, commence par dénoncer le populisme de son contradicteur et considère que la crainte d'une menace à la cohésion sociale peut certainement justifier une intervention de l'état, à condition toutefois que cette menace soit importante et non pas une simple contestation des Codes sociaux (*code of conduct*). D'après Hart, si l'on pousse à l'extrême la thèse de Devlin, on devrait considérer que le pluralisme moral constitue un danger pour l'ordre public. En ce sens, selon lui, il reste encore à démontrer dans quelle mesure des actes homosexuels entre adultes consentants pratiqués en privé peuvent

## 128 *Le droit des sexualités*

 tre traités raisonnablement comme une menace à la morale sociale. L'absence d'une telle démonstration mènerait à considérer toute intervention de l'état dans la morale privée comme arbitraire. Comprenant que les arguments de son adversaire faisaient l'éloge de la morale sexuelle judéo-chrétienne, Hart conclut : « Quels que soient les arguments pour faire prévaloir la morale, personne ne peut penser que la fidélité aux principes démocratiques lui demanderait d'admettre que l'imposition sur une minorité est justifiée, même si cette morale sociale est soutenue par une écrasante majorité ou marquée par le sentiment très répandu d'intolérance, indignation ou dégoût. » Plus tard, un autre juriste, R. Dworkin propose de dépasser cette controverse pour se concentrer sur la question de la liberté. Ainsi, si l'exercice de la sexualité constitue une liberté fondamentale de l'individu, elle mérite la plus haute protection même si elle n'est pas représentative des pratiques de la population majoritaire.

Le temps a finalement rendu cette controverse obsolète. En effet, l'opinion publique britannique a bien changé et même l'avocat le plus brillant de la *moral majority* a cessé de considérer l'homosexualité comme immorale. Ainsi, en 1979, Devlin est revenu sur ces positions initiales. Douze ans après la controverse, le Parlement votera la *Sexual Offences Act* (1967) qui d p nalisait les pratiques sexuelles entre adultes de même sexe et lord Devlin a fini par considérer l'homosexualité comme une simple manifestation de la vie privée.

### *De la pénalisation de la sodomie à la criminalisation de l'homophobie*

Dans la perspective générale des garanties politiques données aux minorités en Europe, la question de l'orientation sexuelle, en tant que forme spécifique de protection des homosexuels, hommes et femmes, constitue un élément nouveau dans l'action publique antidiscriminatoire. Depuis la première requête auprès de la Commission des droits de l'homme en 1955, jusqu'à l'élaboration de l'article 13 du traité d'Amsterdam (1997) et de la directive communautaire 2000/78/CE relative à l'égalité d'orientations sexuelles en

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 129

mat re d'emploi, plusieurs protagonistes politiques – acteurs publics, organisations non gouvernementales, plaignants, consommateurs, intellectuels, etc. – ont fait de la « question homosexuelle » un véritable enjeu public européen.

C'est après le traitement des problèmes plus classiques tels que le racisme, l'antisémitisme ou la xénophobie que les discriminations fondées sur le sexe, et plus tard celles fondées sur l'orientation sexuelle, deviennent un problème susceptible d'être traité par les instruments juridiques traditionnels de protection des droits de l'homme.   une première étape d'action judiciaire – articulée principalement autour des requêtes individuelles auprès des organes d'application de la Convention européenne des droits de l'homme – succède une phase déclarative, caractérisée par l'énonciation de principes provenant d'autorités politiques telles que le Conseil de l'Europe et le Parlement européen. Puis, un véritable programme d'action politique, s'inscrivant pleinement dans l'agenda de la Commission européenne, a suivi ces déclarations de principe.

De l'émergence du problème jusqu'à la prise en compte par les politiques institutionnelles, en passant par sa rationalisation juridique (effectuée tout au long d'un processus d'interaction individuelle, associative et judiciaire), la construction sociopolitique de la notion d'orientation sexuelle appar t comme un révélateur des transformations profondes des matrices paradigmatiques relatives à la liberté individuelle. Considérée comme une infraction jusqu'aux années 1980 (allant de la contravention au crime), l'homosexualité est aujourd'hui non seulement tolérée mais, en tant que manifestation du pluralisme sexuel, elle est progressivement protégée contre toute intervention discriminatoire de la part des  tats, des entreprises et/ou des simples individus. Ce profond bouleversement ainsi que les conséquences politiques qu'il a entraînées, dessinent les perspectives des actions publiques européennes contre les discriminations envers les lesbiennes, les bisexuel/les et les gays. En vingt ans, on est passé de la criminalisation de l'homosexualité à la pénalisation de l'homophobie.

D'une manière générale, les premières mesures antidiscriminatoires envisagées par les  tats concernaient principalement la liberté religieuse. Après les actions spécifiques en

faveur des minorités religieuses, ethniques et linguistiques, la question des femmes devient l'objet principal des politiques d'égalité au niveau international. La signature de la *Convention sur l'élimination de toutes les formes des discriminations à l'égard des femmes* (1979) constitue une étape fondamentale dans le long processus politique pour l'égalité des sexes. La protection des homosexuels s'inscrit dans la continuité du mouvement féministe. Cependant, à la différence des politiques antidiscriminatoires plus classiques, au moment de l'élaboration d'une stratégie internationale de sauvegarde des libertés fondamentales, aucune disposition ne fut consacrée à la protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. En effet, après la deuxième guerre mondiale et malgré le fait que les homosexuels comptaient parmi les victimes de la barbarie nazie, aucune disposition protectrice ne fut adoptée. On cherchera en vain dans les principaux instruments relatifs aux droits de l'homme une disposition ou une référence spécifique à l'homosexualité. Ni les textes à valeur universelle tels la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (ONU, 1948) et les deux *Pactes internationaux* (ONU, 1966), ni ceux à portée régionale comme la *Convention américaine des droits de l'homme* (OEA, 1969) ou encore la *Charte africaine des droits de l'homme et des peuples* (OUA, 1981) ne font nullement référence à l'orientation sexuelle. En outre, alors qu'au fil des ans, la liste des droits protégés par la *Convention européenne* a été progressivement complétée par le biais de protocoles additionnels, aucune disposition nouvelle ne mentionne explicitement la prohibition de discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

En raison d'une pratique jurisprudentielle peu favorable aux gays et aux lesbiennes, les dispositions juridiques générales ont été pendant longtemps insuffisantes, voire compl tement stériles. Ce n'est qu'à partir des années 1980 qu'une première protection contre les discriminations envers les gays et les lesbiennes s'ébauche. Par la voie indirecte du recours aux principes généraux relatifs au respect de la « vie privée », de la « non-discrimination » ou de la « liberté d'expression », par les appels à l'application du principe d'égalité ou encore par l'introduction spécifique de la notion d'orientation sexuelle dans un nouveau traité de l'Union européenne, aussi

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 131

bien la grande Europe (Conseil de l'Europe) que l'UE, se sont engagées dans la mise en œuvre d'un dispositif juridique de protection contre ce type de discriminations. En peu de temps un changement radical s'est opéré : d'une infraction pénale, l'homosexualité est devenue non seulement un comportement licite mais désormais toute attitude d'hostilité à l'égard des gays et des lesbiennes est sanctionnée par le droit européen. Si jusqu'en 1981 la Cour européenne des droits de l'homme continuait à justifier la pénalisation totale des rapports homosexuels entre adultes consentants, actuellement cette même Cour condamne une telle criminalisation en tant qu'ingérence non justifiée de l'état dans la sphère de la vie privée.

Le juge européen avait dans un premier temps justifié la pénalisation totale de l'homosexualité entre adultes consentants en privé ; ensuite, elle opère une dépénalisation en accentuant néanmoins l'idée que « tolérer ne signifie nullement approuver ou reconn tre l'homosexualité » ; puis elle proc dera à la condamnation des traitements différenciés et enfin le juge européen esquisse une reconnaissance de la « vie familiale » des gays et des lesbiennes et réprouve tout comportement discriminatoire à leur égard.

Afin d'analyser cette évolution (allant de la pénalisation de l'homosexualité à la pénalisation de l'homophobie, en passant par la dépénalisation partielle des actes homosexuels et par la reconnaissance embryonnaire d'une vie familiale pour les couples de même sexe), nous avons regroupé l'ensemble des mesures en quatre parties : Sources obligatoires du droit européen (Grande Europe : *Convention européenne de droits de l'homme*, jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme) ; Sources contraignantes du droit communautaire (UE : traités constitutifs de l'Union, jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes) ; Déclarations de principe du Conseil de l'Europe (recommandations, avis...) ; Résolutions du Parlement européen.

Enfin nous évoquerons la question de la protection des discriminations au niveau national.

*Sources obligatoires du droit européen.* — La première étape d'une évolution lente et inachevée vers l'égalité des droits, a

132 *Le droit des sexualités*

consisté en la dépénalisation des conduites homosexuelles. Bien que la Révolution française avait fait disparaître le crime de sodomie de la loi pénale, plusieurs pays européens continuèrent à punir les actes homosexuels entre adultes consentants. Ainsi, entre 1955 et 1977, le juge européen a considéré que, « si la vie sexuelle relevait du domaine de la vie privée au sens de l'article 8 de la Convention européenne de droits de l'homme, la pénalisation totale de l'homosexualité entre adultes consentants ne constituait pas une violation de la vie privée car elle était justifiée pour des motifs tenant à la protection de la santé et la morale ou à la protection des droits des tiers et à la protection sociale ». En effet, la Commission européenne des droits de l'homme<sup>1</sup>, déclarait que « la convention permet à un état contractant de punir l'homosexualité, le droit au respect de la vie privée pouvant faire l'objet, dans une société démocratique, d'une ingérence prévue par la loi pour la protection de la santé et de la morale »<sup>2</sup>.

Pour la première fois, le 22 octobre 1981, soit vingt-six ans après le rejet de la première requête soumise à la Commission et après la dépénalisation de l'homosexualité par plusieurs pays européens, la Cour considéra que la loi de l'Irlande du Nord, condamnant les relations entre personnes de même sexe, constituait une violation de l'article 8 relatif au respect de la vie privée<sup>3</sup>. Suite à la décision de la Cour, l'Irlande du Nord d p nalisa les actes homosexuels entre adultes consentants majeurs de 21 ans. Toutefois, comme le rappelle la Cour, « dépénaliser ne veut pas dire approuver mais éliminer les aspects injustifiables de la législation pénale ». Le 26 octobre 1988 dans l'arrêt, *Norris c/ Irlande* ainsi que dans l'affaire *Modinos c/ Chypre* du 22 avril 1993, la

1. La Commission n'existe plus depuis 1999. Son rôle était de recevoir les requêtes de tout état, individu ou organisation désirent porter plainte pour une violation à son encontre de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Si la requête était considérée comme recevable, la Commission avait pour mission d'essayer d'établir un règlement à l'amiable et, à défaut d'un tel règlement, la requête était transmise à la Cour européenne des droits de l'homme.

2. 10 octobre 1955, première requête devant l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme. Dans le même sens, voire les requêtes suivantes : 104/55, 135/55, 167/56, 261/57, 530/59, 600/59, 704/60, 1307/61, etc.

3. *Dudgeon c/ Royaume-Uni et Irlande du Nord*, série A, n  45.

## Prescriptions et proscriptions sexuelles 133

Cour confirme sa jurisprudence et condamne respectivement la République d'Irlande et Chypre en les obligeant à abroger leur législation répressive.

Bien que la pénalisation de l'homosexualité entre adultes soit considérée comme une ingérence injustifiée, constituant par conséquent une violation au respect de la vie privée, le juge européen a cependant estimé pendant longtemps que la différence de l'âge du consentement entre rapports homosexuels et rapports hétérosexuels était justifiée ainsi que la différence d'âge pour les relations homosexuelles masculines et féminines. Cependant, dans une décision non contraignante<sup>1</sup>, la Commission a estimé pour la première fois que, dans une société démocratique, cette différence d'âge ne pouvait plus être tolérée. Six ans plus tard la CEDH a confirmé cette interprétation<sup>2</sup>.

Dans l'état du droit positif européen (grande Europe), la dépénalisation des comportements homosexuels entre adultes consentants et en privé (y compris en groupe)<sup>3</sup> est acquise ainsi que la liberté d'association et de manifestation<sup>4</sup>. En ce sens, tout pays signataire de la Convention européenne des droits de l'homme doit procéder à la dépénalisation de l'homosexualité pour pouvoir intégrer le Conseil de l'Europe<sup>5</sup>. Même dans des domaines plus « sensibles », tels que l'armée et la famille, la jurisprudence européenne a beaucoup évolué. Si pendant longtemps la pénalisation des actes homosexuels commis par des militaires a été justifiée par le juge européen<sup>6</sup>, dans une décision de 1999, la Cour dispose que « ni les

1. *Sutherland c/ Royaume-Uni*, 1<sup>er</sup> juillet 1997, Req. n  25186/94.

2. *L. et V. c/ Autriche*, 9 janvier 2003 et *S. L. c/ Autriche*, 9 janvier 2003, Req. nés 39392/98 et 39829/98 ; voir aussi *B. B. c/ Royaume-Uni*, 10 février 2004, *Woditschka et Wiffling c/ Autriche*, 21 octobre 2004, *Ladner c/ Autriche*, 3 février 2005, *Wolfmeyer c/ Autriche*, 26 mai 2005, *H. G. et G. B. c/ Autriche*, 2 juin 2005.

3. *A. D. T. c/ Royaume-Uni*, 31 juillet 2000, Req. n  35765/97.

4. *Plattform Ärzte für das Leben c/ Autriche*, 21 juin 1988, Req. n  10126/82. Dans cet arrêt la CEDH garantit non seulement la liberté de manifestation mais oblige la police à protéger les manifestants contre des contre-manifestants. Voir aussi l'affaire *Baczkowski c/ Pologne* du 19 mai 2006 dans laquelle la Cour condamne ce pays pour avoir refusé la marche « Gay Pride »   Varsovie.

5. Avis n  176 1993 de l'Assemblée parlementaire relatif à la demande d'adhésion de la Roumanie au Conseil de l'Europe.

6. Dans sa décision du 12 octobre 1983 la Commission estime que, si la répression pénale d'actes homosexuels commis en privé entre hommes consentants cons-

134 *Le droit des sexualités*

investigations menées sur les préférences sexuelles des requérants (militaires) ni la révocation de ceux-ci en raison de leur homosexualité conformément à la politique du ministère de la Défense (britannique) ne se justifiaient pas au regard de l'article 8 de la Convention. Partant il y a eu violation de l'article 8 »<sup>1</sup>. De même, l'affaire *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* du 21 décembre 1999, marque un nouveau tournant dans la jurisprudence européenne. Pour la première fois dans une requête concernant directement la « vie familiale », la Cour considère qu'il y a discrimination basée sur l'orientation sexuelle<sup>2</sup> dans l'attribution de l'autorité parentale à la mère au détriment du père au motif que celui-ci était homosexuel. De plus, les appréciations homophobes de la cour d'appel de Lisbonne sont sévèrement condamnées par la Cour pour laquelle, « ces passages de l'arrêt litigieux, loin de constituer de simples formules maladroit es ou malheureuses, comme le soutient le gouvernement portugais, ou de simples *obiter dicta*, donnent à penser, bien au contraire, que l'homosexualité du requérant a pesé de manière déterminante dans la décision finale »<sup>3</sup>.

En d cendant qu'il y a en même temps violation de la vie familiale et discrimination, la Cour institue une double protection : contrairement à sa doctrine précédente, un homosexuel pourrait être désormais protégé dans sa « vie familiale » et aucun argument autour de l'orientation sexuelle articulé *in abstracto* ne sera entendu par la Cour (y compris dans les affaires familiales). Désormais, le lien de filiation déjà existant est protégé par la Convention. Et plus récemment le droit d'adoption des homosexuels en tant qu'individus<sup>4</sup> est consacré par la Cour.

titre une « ingérence » dans l'exercice du droit à la vie privée, s'agissant de militaires, même âgés de plus de 21 ans, cette ingérence peut être considérée comme « nécessaire à la protection de la morale et de la défense de l'ordre ».

1. *Smith et Grady c/ Royaume-Uni* du 27 septembre 1999, req. nés 33985/96 et 33986/96. Dans l'affaire *Lustig-Frean et Beckett c/ Royaume-Uni*, du 27 septembre 1999, la Cour arrive aux mêmes conclusions.

2. La Cour affirme que l'orientation sexuelle est une « notion qui est couverte à ne pas en douter par l'article 14 de la Convention ».

3. *Salgueiro da Silva Mouta c/ Portugal* du 21 décembre 1999, Req. n  33290/96l.

4. *E. B. c/France*, 22 janvier 2008, Req. n  43546/02.

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 135

Plus tard, la Cour européenne des droits de l'homme renforce la protection de la vie familiale des couples de même sexe en condamnant l'Autriche à cause de l'interprétation restrictive de la notion de « vie commune » effectuée par sa Cour suprême afin de refuser le transfert du bail de location suite au décès du compagnon homosexuel. Les juges de Strasbourg considèrent que ce refus constitue une violation au respect de la vie privée (art. 8) et un traitement discriminatoire (art. 14). Cette condamnation constitue une avancée capitale car il ne s'agit plus de protéger l'individu homosexuel dans sa sphère intime mais d'élargir cette protection également à sa vie de couple<sup>1</sup>.

*Sources contraignantes du droit communautaire.* — Pendant longtemps le droit communautaire s'est désintéressé du sort des gays et des lesbiennes, ce type d'affaires était traditionnellement traité par la Cour de Strasbourg. Le 30 avril 1996 la situation change sensiblement lorsqu'une femme transsexuelle réussit à convaincre la Cour de justice des communautés européennes<sup>2</sup> que son licenciement reposait sur une discrimination fondée sur son sexe<sup>3</sup>. Si la notion de discrimination fondée sur le sexe protège les transsexuels on aurait pu imaginer qu'une telle protection puisse être élargie aux gays, lesbiennes et bisexuels. En s'appuyant sur cette décision, l'avocat de Lisa Grant, une femme lesbienne, avance le même argument et décide de saisir la Cour de justice des communautés européennes sur la base de l'article 119 du traité de Rome relatif à l'égalité des sexes<sup>4</sup> pour se plaindre de ne pas bénéficier pour sa compagne des tarifs préférentiels pratiqués pour les couples (hétérosexuels) par son entreprise de transports. L'avocat général de la Cour, suivant les arguments de l'avocat de la demanderesse, a considéré que la notion de discrimination fondée sur le sexe pouvait égale-

1. *Karner c/Autriche*, 24 juillet 2003, Req. n  40016/98.

2. *P. c/ S. Cornwall Country Council*, 30 avril 1996, affaire C-13/94.

3. Et donc une violation de la directive 76/207 relative à l'égalité dans le milieu du travail.

4. Un argument similaire fut utilisé par l'avocat d'un employé gay de la Royal Marine britannique lorsqu'il invoque une discrimination fondée sur le sexe et demande l'application de l'article 5 de la directive 76/207/CEE (concernant les discriminations relatives aux conditions de licenciement).

136 *Le droit des sexualités*

ment comprendre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle. Ainsi, en comparant la situation de Lisa Grant à celle d'un homme hétérosexuel, l'avocat général conclut que c'est le sexe de Mme Grant qui est à l'origine de la discrimination et non pas le fait qu'elle soit lesbienne. Effectivement, si la requérante avait été un homme, elle aurait pu bénéficier des avantages découlant de sa vie de couple avec une femme.

Bien que dans la plupart des cas la Cour suit l'opinion de son avocat, dans l'affaire Grant elle s'en est éloignée<sup>1</sup> en reprenant l'analyse traditionnelle selon laquelle il ne s'agissait pas en l'espèce d'une discrimination fondée sur le sexe mais sur l'orientation sexuelle, écartant ainsi sa juridiction (  l'époque, il n'y avait pas d'article protégeant l'orientation sexuelle). Cette interprétation du juge communautaire a révélé la nécessité d'instruments spécifiques de protection contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit communautaire. C'est la voie empruntée par le traité d'Amsterdam du 20 octobre 1997 lorsqu'il introduit un nouvel article 13 contre les discriminations envers les gays et les lesbiennes. Cet article a été cristallisé dans une directive communautaire relative à la discrimination en matière d'emploi qui interdit de traiter un salarié différemment d'un autre en raison de sa religion ou de ses convictions, de son âge, de son handicap ou de son orientation sexuelle<sup>2</sup> ainsi qu'un programme d'action visant à renforcer la coopération avec les  tats membres et la société civile. Ce volet a été conçu pour encourager les échanges d'expériences et la constitution d'un réseau entre les institutions et les associations qui œuvrent contre la discrimination dans l'ensemble de l'Union européenne.

1. *Lisa Jacqueline Grant c/ South West Trains Ltd*, 17 février 1998, affaire C-249/96.

2. Directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000. La directive complète le dispositif juridique français. Les principales mesures exigées par la directive ont été adoptées dans la loi n  2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations mais aussi par la loi n  2002-73 du 17 janvier 2002 introduisant l'interdiction du harcèlement moral. Ces deux lois sont intégrées dans les Codes (principalement le Code du travail et dans une moindre mesure dans le Code pénal). Enfin, la loi n  2008-496 du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations, vient compléter le droit français dans la matière.

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 137

Bien que le domaine de la directive 2000/78 se limite au travail et à l'emploi, la CJCE a considéré qu'un partenaire de même sexe pouvait avoir droit à une pension de veuvage (réversion) octroyée dans le cadre d'un régime de prévoyance professionnelle. En effet, selon les juges luxembourgeois, « les dispositions combinées des articles 1 et 2 de la directive 2000/78 s'opposent à une réglementation (...) en vertu de laquelle, après le décès de son partenaire de vie, le partenaire survivant ne perçoit pas une prestation de survie équivalente à celle octroyée à un époux survivant, alors que, en droit national, le partenariat de vie placerait les personnes de même sexe dans une situation comparable à celle des époux pour ce qui concerne ladite prestation de survie »<sup>1</sup>. La Cour a estimé que la pension de réversion, issue du travail du partenaire décédé et financée par ses cotisations, devait être qualifiée de rémunération au sens du droit communautaire. Dès lors, constatant que les conditions de l'union civile s'apparentent de plus en plus à celles du mariage, elle en a conclu que le refus opposé par l'organisme de gestion précité constituait bien une discrimination directe fondée sur l'orientation sexuelle. Sous certaines conditions, l'arrêt *Maruko* devrait s'appliquer en France pour les partenaires pac s lesquels pourront désormais bénéficier de la pension de réversion, alors que selon la loi nationale ladite pension est réservée aux couples mariés. La Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité a considéré en effet que « les dispositions législatives issues du Code de la Sécurité sociale constituent une discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en excluant du droit à la pension de réversion les partenaires survivants »<sup>2</sup>.

*Déclarations de principe du Conseil de l'Europe.* — Le Conseil de l'Europe est depuis longtemps à l'origine de plusieurs déclarations de principe et de recommandations en faveur des gays et des lesbiennes.

Le 9 octobre 1979 une commission dirigée par M. Voogd présenta une proposition de recommandation<sup>3</sup> qui avait pour

1. *Tadao Maruko*, 1<sup>er</sup> avril 2008, affaire C-267/060.
2. Délibération n  2008-107 du 19 mai 2008.
3. Doc. 4436.

138 *Le droit des sexualités*

objectif « la protection morale et juridique des homosexuels », la « suppression des discriminations professionnelles et autres à leur égard et la jouissance de droits et facilités accordés à tous les citoyens ». La proposition fut adoptée par l'Assemblée parlementaire et un rapport sur la discrimination envers des homosexuels fut remis le 8 juillet 1981. Le rapport proposait un projet de recommandation pour les  tats membres et un projet de résolution fut adressé à l'OMS, l'invitant à supprimer l'homosexualité de sa classification des maladies mentales. La perspective libérale du document tendait à « l'égalité des êtres humains et la défense des droits de l'homme » en respectant dans l'individu ses préférences sexuelles. Après un historique de la question et une synthèse de la situation sociale, politique et juridique en Europe, le rapport tentait de définir l'homosexualité. En critiquant vivement des notions comme « troubles mentaux », « troubles sexuels » ou « déviation », le Conseil de l'Europe proposait de renoncer à tout type de définition médicale ou psychiatrique et de parler tout simplement de préférence sexuelle<sup>1</sup>.

L'âge de consentement pour les actes sexuels n'est pas mentionné, « chaque société fixe cette limite en fonction du degré de maturité sociale et culturelle ». Néanmoins, souligne l'auteur, « on comprend moins bien les raisons pour lesquelles l'âge autorisé pour l'activité sexuelle devrait différer selon qu'il s'agit de garçons et de filles hétérosexuels ou homosexuels ». Le rapport finit par proposer (d'une façon infor-

1. Le rapport finit par un certain nombre de suggestions. Proposant :

- a) la modification de l'article 14 de la Convention des droits de l'homme en ajoutant la notion de « penchant sexuel » ;
- b) la destruction des fichiers de police sur les homosexuels ;
- c) l'égalité de traitement des homosexuels en matière d'emploi, de rémunération et de sécurité du travail ;
- d) l'interruption de toute activité ou recherche médicale obligatoire destinée à modifier les penchants sexuels des adultes ;
- e) la suppression de toute discrimination contre les parents homosexuels en ce qui concerne la garde, le droit de visite et l'hébergement de leurs enfants ;
- f) la réparation pour les homosexuels qui ont souffert dans des camps de concentration ;
- g) d'inviter les directeurs de prison et d'autres autorités publiques à faire preuve de vigilance pour éviter que les homosexuels ne fassent l'objet de viols et d'actes de violence dans les prisons.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 139

melle) une meilleure information du public. Par la suite, une recommandation 924 (1981) et une résolution relative à la discrimination à l'égard des homosexuels reprirent en partie les propositions avancées dans le rapport, mettant l'accent sur la dépénalisation et la démédicalisation de l'homosexualité.

Le 26 janvier 2000, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a émis un avis selon lequel il serait souhaitable d'ajouter l'orientation sexuelle à la liste des formes de discriminations « particulièrement odieuses » visées par la Convention<sup>1</sup>. La même année une recommandation voit le jour. Elle dénonce les discriminations dont sont encore victimes les gays et les lesbiennes et invite les  tats à adopter une législation prévoyant le partenariat enregistré<sup>2</sup>. Plus récemment, Peter Schieder, président de l'Assemblée parlementaire du Conseil, proposait dans ces termes de soutenir la résolution de l'ONU sur l'orientation sexuelle : « J'invite les membres du Conseil de l'Europe qui sont membres de la Commission des droits de l'homme de l'ONU à voter en faveur de la résolution. J'invite également tous les gouvernements des  tats membres du Conseil de l'Europe à appuyer sans réserve la résolution à tous les stades de son examen. (...) Il ne peut y avoir de justice, de liberté ni de démocratie si la communauté internationale n'est pas capable de défendre et de respecter la dignité de chaque individu, quelles que soient son orientation sexuelle et son identité de genre. »<sup>3</sup>

Le Conseil de l'Europe s'est prononcé à plusieurs reprises pour l'égalité de traitement des personnes homosexuelles dans divers pays membres notamment en Roumanie, en Russie et en Bosnie Herzégovine.

*Résolutions du Parlement européen.* — Au niveau de la petite Europe, c'est le Parlement européen qui a majoritairement traité la question. Ainsi, le 13 mars 1984 il vota une résolution concernant les discriminations sexuelles sur le lieu de

1. Avis n  216 (2000), Projet de protocole n  12 à la Convention européenne des droits de l'homme.

2. Recommandation 1474 (2000) sur la situation des lesbiennes et des gays dans les  tats membres du Conseil de l'Europe.

3. [www.coe.int/press](http://www.coe.int/press).

140 *Le droit des sexualités*

travail<sup>1</sup>. Le terme « sexe » est utilisé dans un sens large, car il s'agit explicitement de veiller à la non-discrimination des homosexuel/les. Deux ans plus tard, le 13 mars 1986, il adopta la proposition de résolution de Mme Vera Squarcialupi, invitant les  tats membres à abolir, dans leur législation nationale, toutes les lois discriminatoires à l'égard des homosexuels et d'instaurer des législations antidiscriminatoires. Le 11 juin 1986, le Parlement demanda que le principe d'égalité des statuts civils et des préférences sexuelles soit clairement énoncé par les lois nationales. La question réapparaît en 1989 lors de la discussion sur la *Charte sociale européenne*. Bien que le Parlement ait insisté pour que les discriminations fondées sur les « préférences sexuelles » soient incluses parmi les clauses antidiscriminatoires, la Commission et les  tats membres rejetèrent finalement cette proposition.

Quelques années plus tard, une résolution sur l'égalité des droits des homosexuels et des lesbiennes dans la Communauté européenne est approuvée par le Parlement<sup>2</sup>. Elle invite les  tats membres à établir les mêmes limites d'âge pour les comportements homosexuels et hétérosexuels,   protéger les gays et les lesbiennes contre toute forme de discriminations et à encourager et soutenir financ i rement les associations homosexuelles. La résolution propose également de présenter un projet de recommandation sur l'égalité des droits d'homosexuels et des lesbiennes cherchant à donner l'égalité des droits en matière de mariage et de filiation. Qui plus est, il ressort de la résolution que « la liste de domaines dans lesquels lesbiennes et homosexuels sont discriminés est longue (...). Les discriminations se font jour dans presque tous les domaines – santé et formation, mais également travail, logement ou  ducation. Le rapport de la Commission met particulièrement l'accent sur les problèmes ressentis par les jeunes homosexuels, qui continuent à être stigmatisés et ne trouvent parfois de solution que dans le suicide ».

Depuis, nombreuses sont les recommandations et les résolutions<sup>3</sup> demandant aux  tats européens et à la Commission

1. JO n  C 104 du 16 avril 1984, p. 46.
2. A3-0028/94, JOCE du 28 février 1994.
3. JOCE 320 du 28 octobre 1996, p. 36 ; JOCE 320 du 28 octobre 1996, p. 197 ; JOCE 132 du 24 avril 1997, p. 31 ; JOCE du 16 mars 1998 et Résolution B4-824

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 141

de Bruxelles d'abroger sans délais toute disposition législative violant les droits de l'homme des gays et des lesbiennes, en particulier celles qui prévoient des différences d'âge pour les rapports homosexuels, ainsi qu'à tenir compte du respect de droits des homosexuels lors des négociations relatives à l'adhésion des pays candidats. Concernant les droits des couples homosexuels, le Parlement prend en 2000 un ton plus modeste par rapport à la résolution de 1994. En effet, il ne s'agit plus des droits équivalents au mariage y compris en matière d'adoption mais de la « reconnaissance des relations non maritales entre personnes de même sexe ou de sexe diff rent et l'attribution de droits égaux à ces personnes »<sup>1</sup>. Le 26 avril 2007, le PE adopte une nouvelle résolution sur l'homophobie en Europe dans laquelle il rappelle l'engagement des institutions dans la lutte contre les discriminations envers les gays et les lesbiennes et condamne la Pologne pour sa politique anti-homosexuelle.

Il faut enfin souligner que l'article 21 de la *Charte européenne des droits fondamentaux* interdit expressément les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle.

### B - LES AMOURS VÉNALES

La prostitution est un acte par lequel une personne consent à des rapports sexuels contre rémunération. Il n'existe pas en France une définition légale de la prostitution. Un vieux décret abrogé datant de 1947 définissait la prostitution comme le fait « de consentir habituellement à des rapports sexuels avec un nombre indéterminé d'individus moyennant rémunération ». Aujourd'hui un seul acte sexuel rémunéré suffit pour qu'il soit qualifié de prostitution par la Justice. Pour la Chambre criminelle de la Cour de cassation, « la prostitution consiste à se prêter, moyennant une r mun -

et 0852/98 du 17 décembre 1998 sur l'égalité du droit pour les homosexuels et les lesbiennes dans l'Union européenne ; Résolution du PE du 18 janvier 2006 sur l'homophobie en Europe.

1. Résolution sur la situation des droits fondamentaux dans l'Union européenne, 2000/2231.

142 *Le droit des sexualités*

ration, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins sexuels d'autrui »<sup>1</sup>.

Du point de vue strictement juridique, il est essentiel de différencier la prostitution consentie de la prostitution forcée. Cette dernière est étroitement liée au trafic d'êtres humains, favorisée par les flux migratoires. Dans son rapport annuel, le *Fonds des Nations Unies pour la population* (FNUAP) estime que chaque année « quatre millions de femmes et de fillettes sont vendues à leurs époux ou à des marchands d'esclaves ». La traite des femmes constitue ainsi l'une des manifestations les plus dramatiques de l'exploitation humaine. Sans nier cette réalité, il ne faut toutefois pas considérer systématiquement la prostitution comme synonyme d'esclavage. En effet, la prostitution peut être assimilée à une forme d'esclavage uniquement si elle réunit, selon le *Comité contre l'esclavage moderne*, les caractères suivants : confiscation des papiers d'identité ; séquestration de la victime ; fourniture d'un travail sans contrepartie financière ou avec une contrepartie dérisoire ; conditions d'hébergement et de travail contraires à la dignité de la personne et rupture des liens familiaux et isolement culturel. En dehors de ces cas de figure, il semble abusif de mettre la prostitution au même niveau que l'esclavage.

  côté de l'esclavage et l'exploitation liée à la prostitution, il existe également une prostitution libre, revendiquée par des femmes et des hommes qui s'autod finissent comme « prestataires de services sexuels » ou « professionnels du sexe ». Ainsi, en 2001 la CJCE affirme que « l'activité de prostitution exercée de manière indépendante peut être considérée comme étant un service fourni contre rémunération et relève, par conséquent de la notion d'activité économique »<sup>2</sup>.

D'une manière générale, la gestion politique de la prostitution peut être résumée à trois grands systèmes : le prohibitionnisme, le r glementarisme et l'abolitionnisme.

*Le prohibitionnisme* interdit la prostitution. Les prostituées et les proxénètes sont des criminels et même les clients

1. 27 mars 1996.

2. CJCE, *Aldona Malgorzata Jany e.a. c Staatssecretaris van Justitie*, aff. C-268/99, 20 novembre 2001.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 143

peuvent être sanctionnés. Le prohibitionnisme traditionnel repose sur une vision patriarcale ancrée dans des valeurs religieuses qui considèrent la prostitution comme immorale. Le prohibitionnisme existe aux  tats-Unis (sauf dans l'état du Nevada). Et sous des formes variées dans certains pays de l'Est (Ukraine, Albanie et Roumanie) et en Chine. Ce système renvoie l'activité prostitutionnelle à la clandestinité, livrant ainsi les prostituées aux réseaux mafieux de proxénètes.

*Le r glementarisme* considère la prostitution comme une activité professionnelle normale. Mis en place sous Napoléon, ce régime avait comme but principal de protéger le client et les familles des menaces sanitaires et en aucun cas ne se préoccupait d'améliorer la vie des prostituées. Le pouvoir politique contrôlait l'exercice de la prostitution dans des lieux clos (maisons de tolérance) permettant les contrôles médicaux<sup>1</sup>. Dans ce sillage, les nouveaux r glementaristes proposent la dépénalisation complète des amours vénales (seules la prostitution forcée et celle de mineurs constituent une infraction) et la mise en place des règles protégeant la prestation des services sexuels<sup>2</sup>. Les Pays-Bas et la Belgique ont adopté une politique néo-r glementariste. La prostitution est considérée comme une activité commerciale soumise aux contrôles classiques du droit fiscal. Le Conseil de l'Europe reconnaît que « l'approche r glementariste offre l'avantage de réglementer la prostitution en tant que profession. Dans les pays qui souscrivent à cette approche, les prostitué(e)s ne sont pas passibles de poursuites pénales ; ils/elles ont des droits en tant que travailleurs (ce qui signifie qu'ils/elles peuvent travailler de manière plus indépendante et ont moins de risques de tomber sous la coupe de proxénètes ou de souteneurs), et ont accès aux soins médicaux, etc. »<sup>3</sup>.

1. D'origine hygiéniste, le r glementarisme était un régime plus préoccupé par le maintien de l'ordre sanitaire et la morale publique que les conditions de vie des prostituées.

2. Pour les néo-r glementaristes, la prostitution n'est pas considérée comme « un mal nécessaire » qu'il faut réguler pour le bien de la société mais une liberté individuelle des travailleurs du sexe.

3. « Prostitution : quelle attitude adopter ? », Doc. 11352 de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, 9 juillet 2007.

*Pour le régime abolitionniste*, la prostitution est un acte de violence, les prostituées sont des victimes et les proxénètes des criminels. Le mouvement abolitionniste est n  en 1866 pour contester l'introduction de mesures r glementaristes en Grande-Bretagne. Et c'est l'engagement de Joséphine Butler qui lui donnera toute son ampleur. L'objectif de l'abolitionnisme n'est pas de mettre un terme à la prostitution mais d'abolir les mesures qui forment le régime r glementariste. Le mouvement s'inspire de la croisade pour l'abolition de l'esclavage qui se développe à la même époque. Il assimile les prostituées à des esclaves, c'est pourquoi ce mouvement s'est autoproclamé abolitionniste. Sa principale victoire demeure la « Convention pour la répression de la traite des êtres humains et de l'exploitation de la prostitution d'autrui »<sup>1</sup>. Ce texte reprend largement les idées du mouvement abolitionniste. La convention affirme ainsi que « la prostitution et le mal qui l'accompagne, à savoir la traite des êtres humains en vue de la prostitution, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine ». Toutefois, l'activité prostitutionnelle n'est ni interdite ni contrôlée car elle relève de la sphère intime. Les personnes prostituées sont considérées comme des victimes qu'il faut « sauver » des proxénètes et mettre dans le droit chemin par des mesures de r ducation et de réinsertion sociale. La Suède a récemment inventé une nouvelle approche, généralement qualifiée de néo-abolitionniste, consistant à incriminer les clients.

La France est officiellement considérée comme un pays abolitionniste. La loi punit le racolage et le proxénétisme et non pas la prostitution. Cependant, dans la pratique, le système français est plus proche du prohibitionnisme que de l'abolitionnisme<sup>2</sup>. En effet, par la pénalisation du racolage, les personnes prostituées sont traitées plutôt comme délinquantes que comme victimes. Ainsi, selon l'article 225-10-1

1. ONU, 2 décembre 1949, ratifiée par la France en 1960.

2. Bien que, comme le note S.-M. Maffesoli, « il est désormais délicat de distinguer le prohibitionnisme de l'abolitionnisme, dans la mesure où l'un comme l'autre visent à la disparition de la prostitution. La différence se situe dans la prise en considération de la prostituée, puisque dans un cas, elle est délinquante, donc responsable de ses actes, et dans l'autre victime, donc considérée irresponsable » : « Le traitement juridique de la prostitution », *Sociétés*, n  99-2008/1, p. 37.

## Prescriptions et proscriptions sexuelles 145

du Code pénal « le fait, par tout moyen, y compris par une attitude même passive, de procéder publiquement au racolage d'autrui en vue de l'inciter à des relations sexuelles en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération est puni de deux mois d'emprisonnement et de 3 750 à d'amende ». Des gestes obscènes, des propos provocants, des sourires engageants, le simple fait de déambuler, de stationner sur un trottoir ou de porter une tenue vestimentaire provocatrice peuvent être considérés par la police comme une forme de racolage<sup>1</sup>. Il faut cependant que ces activités se déroulent publiquement, entendu dans un sens large qui va au-delà des seuls lieux accessibles au regard du public (les routes, les plages, les parkings, les parcs...) mais aussi les bars, les discothèques ainsi que les annonces dans les « téléphones roses », la presse écrite ou encore Internet. La jurisprudence considère, néanmoins, que « le fait, au mois de juillet, vers minuit, de se trouver même dans un endroit connu pour la prostitution, légèrement vêtue et en stationnement au bord du trottoir est insuffisant pour constituer un délit de racolage ; quand bien même un homme a pris l'initiative d'aborder Marthe X en vue d'avoir avec elle des relations sexuelles en échange d'une rémunération »<sup>2</sup>.

Dans ces conditions, il est difficile d'imaginer comment une personne pourrait légalement se prostituer, d'autant plus que les juges peuvent définir l'infraction d'une manière plus ou moins arbitraire. Pour que l'infraction soit constituée, il n'est pas nécessaire que la personne fasse de la prostitution une activité habituelle (une seule fois suffit) mais il est impératif que soit établie l'existence d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, entendue comme toute forme de compensation économique même si en pratique l'argent reste largement le moyen le plus employé. Par exemple, la mastur-

1. Le juge doit néanmoins caractériser ces moyens. Une cour d'appel a ainsi justifié la condamnation pour racolage au motif que la prostituée attendait qu'un client vienne la solliciter, assise dans son fourgon stationné dans un lieu connu pour la prostitution (CA Reims, 25 février 2004, *Juris-Data*, n  2004-275508).

2. Cass. crim., 25 mai 2005, n  04-84.769. Une autre décision note que la prévenue a été interpellée alors qu'elle était assise sur le siège conducteur d'un fourgon, et qu'elle était vêtue d'une nuisette non fermée et transparente, de couleur rose, laissant apparaître un body en dentelle (CA Paris, 9 février 2005, *Juris-Data*, n  2005-274044).

146 *Le droit des sexualités*

bation prodiguée au cours de séances de prétendus massages est qualifiée de prostitution<sup>1</sup>. Depuis lors, la jurisprudence des juridictions du fond est constante sur ce point. Ont été considérés comme des actes de prostitution des « massages californiens »<sup>2</sup>, des « massages relaxants »<sup>3</sup> et même des « massages anti-stress chinois »<sup>4</sup>.

Bien que la majorité sexuelle soit établie à l'âge de 15 ans, une personne qui entretient des rapports sexuels en contrepartie d'une rémunération (ou d'une simple promesse de rémunération) avec un mineur ayant entre 15 et 18 ans, encourt une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 à d'amende (art. 225-12-1 du Code pénal)<sup>5</sup>. Par ailleurs, « Les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 à d'amende :

- 1 / lorsque l'infraction est commise de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs personnes ;
- 2 / lorsque la personne a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication ;
- 3 / lorsque les faits sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;
- 4 / lorsque l'auteur des faits a délibérément ou par imprudence mis la vie de la personne en danger ou a commis contre elle des violences. »<sup>6</sup>

Doit être écarté l'argument selon lequel le prévenu ne connaissait pas l'âge de la victime (17 ans) dès lors « qu'il avait déjà eu des relations sexuelles avec elle, contre rémunération, à trois ou quatre reprises et qu'il n'était pas possible d'ignorer cet état de fait, qui ressort à l'évidence de l'apparence physique de la jeune fille »<sup>7</sup> ; dans le même sens, « le

1. CA Aix-en-Provence, 15 juin 1981, *Gaz. Pal.*, 1982.1, somm. 29.  
2. CA Aix-en-Provence, 19 mai 1988, *Dr. pén.*, 1990, chron. A. Maron.  
3. CA Bordeaux, 10 janvier 1989, *Juris-Data*, n  042659.  
4. Cass. crim., 9 octobre 1996, n  95-81.232.  
5. Depuis la loi de 2003, pour la première fois en droit positif français, le client devient lui-même délinquant.  
6. C. pén., art. 225-12-2.  
7. CA Paris, 4 février 2005, *Juris-Data*, n  2005-279952, décision confirmée par Cass. crim., 29 mars 2006, n  05-81.003.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 147

visage imberbe d'un jeune homme qui se prostitue est incompatible avec la croyance du client en sa majorité »<sup>1</sup>.

Outre les peines d'amendes, les prostitué(e)s risquent également la confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction de racolage ou de la chose qui en est le produit, ainsi que l'interdiction, pour une durée de trois ans au plus, d'émettre des chèques « autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et au travail d'intérêt général pour une durée de vingt à cent vingt heures »<sup>2</sup>.

Il est clair que le principal objectif de la loi du 18 mars 2003 n'était pas tant motivé par la protection des personnes prostituées mais plutôt par la sauvegarde de l'ordre public. En effet, on peut considérer que le dispositif actuel est surtout une réponse aux plaintes de particuliers qui se plaignaient de la présence « trop voyante » de prostituées dans leurs quartiers.

Étonnamment, la distinction fondamentale entre prostitution « choisie » et prostitution « subie » n'apparaît pas dans les textes législatifs français. Cet amalgame produit, de notre point de vue, non seulement un système injuste mais aussi inefficace. Par ailleurs, cette confusion est contraire au droit communautaire : la CJCE a estimé, dans l'arrêt *Aldona Malgorzata Jany et autres c/ Pays-Bas* du 20 novembre 2001, que la prostitution est une activité commerciale puisque les dispositions communautaires relatives à la liberté d'établissement et libre prestation de service s'y appliquent. Cet arrêt distingue ainsi clairement la prostitution « forcée » de la prostitution « libre » ; la première devant être combattue mais l'autre, en revanche, devrait être encadrée et r glement e.

Lorsque le discours paternaliste et le moralisme c dent la place à la parole des personnes prostituées, on s'aperçoit que la plupart des problèmes qu'ils et elles rencontrent sont étroitement liées à l'absence de statut professionnel pour les travailleurs et les travailleuses du sexe<sup>3</sup>.

1. CA Paris, 6 novembre 2003, *Juris-Data*, n  2003-231908.

2. Article R. 625-8 du Code pénal.

3. Voir Ch. Delory-Momberger, « La prostitution est un métier. Paroles croisées », *Sociétés*, n  99, 2008/1, p. 61-72.

Paradoxalement, bien que la prostitution ne soit pas reconnue comme un travail en France, l'administration fiscale exige le paiement d'impôts des personnes prostituées considérées comme exerçant une activité non commerciale (art. 92 du Code général des impôts). En contrepartie, les personnes prostituées ne bénéficient pas des droits liés à l'emploi. Elles n'ont ni congés pay s ni la possibilité d'affiliation à des syndicats professionnels. Leur retraite est minimale et dépend d'une nouvelle caisse dite « balai »<sup>1</sup>. Malgré l'absence de reconnaissance de leur profession, les personnes prostituées sont obligées de payer les cotisations d'allocations familiales à l'URSSAF<sup>2</sup>, c'est pourquoi, elles bénéficient du régime d'assurance maladie des travailleurs non salariés non agricoles.

De surcroît, « la définition pour le moins vague du proxénétisme (“toute aide apportée à la prostitution d'autrui”) est de fait laissée à la discrétion de la jurisprudence, qui atteste d'une multiplication de ses acceptions. Cette situation bloque tout particulièrement le droit au logement, puisque peuvent tomber sous le coup de la loi contre le proxénétisme la vente ou la location d'un bien immobilier à une prostituée. De même, toute transaction (vente ou location) concernant un véhicule motorisé avec une prostituée devient un délit, et la possession d'un véhicule par une prostituée entraîne la présomption que celui-ci est utilisé à des “fins de prostitution”<sup>3</sup>. En matière de santé publique, l'absence de reconnaissance de l'activité prostitutionnelle constitue une entrave à la prévention contre les maladies sexuellement transmissibles et l'accès aux soins. Comme le note F. Gil, “les conséquences de cette croisade morale sont catastrophiques tant pour les femmes qui ont fait le choix de ce métier que pour celles qui y ont été contraintes”<sup>4</sup>.

Le seul moyen de mettre fin aux conditions d'exploitation dans lesquelles s'exerce actuellement la prostitution, c'est de la « civiliser », c'est-à-dire la faire entrer dans le droit com-

1. Art. R. 641-1 du Code de la santé publique.

2. Cass. Ch. soc., 18 mai 1995, *Dalloz*, 1996. 38.

3. Act-Up, « La non-reconnaissance de l'activité prostitutionnelle va jusqu'à compromettre l'existence d'une telle politique de santé », *Mouvements*, n  29, 2003/4, Paris, La Découverte, p. 91-97.

4. « La prostituée, une invention sociale », *Sociétés*, n  99, 2008/1, p. 21-32.

## Prescriptions et proscriptions sexuelles 149

mun, plus précisément dans le droit du travail. D'autres domaines également caractérisés par la domination masculine, comme par exemple le travail domestique, ont pu sortir du système d'exploitation lorsque l'état les a reconnus comme une profession. En ce sens, suivant la décision de la CJCE de 2001, le délit de racolage du droit français devrait être considéré comme une entrave au libre exercice d'une activité économique mais aucun juge n'a encore appliqué cette jurisprudence européenne en France.

### C - LA PORNOGRAPHIE

Le terme « pornographie » est le composé du substantif grec *porn * (prostituée), et du verbe *graphein* ( crire). Selon le dictionnaire, la pornographie est la représentation complaisante de sujets et de détails obscènes dans une œuvre littéraire, artistique ou cinématographique destinée à être communiquée au public dans le but d'exciter sexuellement. Face aux difficultés pour la définir juridiquement le juge américain Potter Stewart soulignait : « Je ne sais pas définir la pornographie, mais je sais la reconnaître. »

Il faut d'abord souligner que nous aborderons ici uniquement la pornographie accessible aux adultes, la question liée aux enfants, en tant que sujets<sup>1</sup> ou objets<sup>2</sup> de l'industrie pornographique<sup>3</sup>, est traitée dans la partie consacrée à la sexualité subie et plus particulièrement à la pédophilie.

La pornographie est une notion mouvante. Elle a existé en tous temps et en tous lieux et a connu de nombreux chan-

1. L'article 227-24 du Code pénal dispose que « le fait soit de fabriquer, de transporter, de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, soit de faire commerce d'un tel message, est puni de trois ans d'emprisonnement et 75 000 à d'amende lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ».

2. L'article 227-23 dispose : « Le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende... »

3. Les messages « simplement » contraires à la décence constituent quant à eux la contravention de l'article R. 624-2 du Code pénal.

150 *Le droit des sexualités*

gements dans sa forme et sa définition, notamment ces dernières années grâce aux développements des nouvelles technologies de communication. Entre Honoré de Balzac et Catherine Millet, entre Parrhasios et Jeff Koons, entre le premier jugement punissant un acte pour pornographie en 1842 et le Nouveau Code pénal français de 1994, il n'y a rien en commun. Ce qui était censé exciter hier, provoque aujourd'hui l'hilarité. L'absence d'une délimitation claire du phénomène, donne au juge une marge d'appréciation particulièrement importante. En effet, il n'existe pas une définition légale de la pornographie, elle est le résultat de l'interprétation prétorienne. Ainsi, le tribunal correctionnel de Paris a pu opposer les œuvres érotiques aux œuvres pornographiques qui « au contraire, privant les rites de l'amour de tout leur contexte sentimental, en décrivent seulement les mécanismes physiologiques et concourent à d praver les mœurs s'ils en recherchent les déviations avec une prédilection visible »<sup>1</sup>. Mais, avant l'intervention du juge, il revient à l'administration de décider si une œuvre est de nature pornographique ou pas. Le contrôle administratif de la pornographie, en tant que barrière à la liberté d'expression, apparaît surtout dans la classification que le ministre de la Culture fait des films<sup>2</sup>. Outre cette classification que nous analyserons plus tard, c'est par les voies assez extravagantes d'une loi de finances du 30 décembre 1975 que le sort des films pornographiques a été scellé en France. Ainsi, avec l'instauration du classement « X », le film pornographique est non seulement relégué dans des salles spécialisées, mais subit aussi des contraintes fiscales très lourdes : TVA majorée, prélèvements spécifiques sur les bénéfices des films français et taxe forfaitaire sur les films étrangers, taxe particulière sur les prix des places... S'y ajoute l'impossibilité pour les producteurs de prétendre à la subvention du fonds de soutien à l'industrie cinématographique. Ce régime singulier montre bien qu'il ne s'agit pas

1. Trib. corr. Paris, 5 octobre 1972, *Gaz. Pal.*, 1973.1.211.

2.   travers une Commission de contrôle composée de 25 membres divisés en quatre collèges composés respectivement de représentants de l'état, d'experts, de professionnels et de jeunes âgés de 18 à 25 ans (décret du 23 février 1990).

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 151

tant de réserver l'accès aux majeurs mais surtout d'affaiblir l'industrie du film « X » en réduisant sa rentabilité.

Le contrôle préalable effectué par l'État peut donc soit interdire totalement l'œuvre soit la classer « X » et donner un visa comportant l'inscription de l'œuvre cinématographique sur la liste prévue aux articles 11 et 12 de la loi de 1975. *A posteriori*, indépendamment du classement effectué, il existe également une possibilité de reclassement dans le cadre du contentieux. Ainsi, l'association *Promouvoir*, estimant que le film *Baise-moi* de la réalisatrice Virginie Despentes (classé apte pour majeurs de 16 ans) devait être classé « X » et interdit de représentation aux mineurs en raison de sa teneur, avait saisi le Conseil d'État aux fins d'annulation de l'arrêté ministériel. Le Conseil d'État relevait alors l'existence « d'une succession de scènes de grande violence et de scènes de sexe non simulées » et considérait ainsi que le film devait être interdit aux mineurs. Il annulait donc l'arrêté du ministre et lui substituait une décision de classement « X ».

Le décret du 4 décembre 2003, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2004, a supprimé cette catégorie « X » mais l'a réintroduite (sans cette dénomination) dans un nouvel article 3-1. Celui-ci dispose désormais que « la commission peut également proposer au ministre chargé de la culture une mesure d'interdiction de la représentation aux mineurs de 18 ans pour les œuvres comportant des scènes de sexe non simulées ou de très grande violence mais qui, par la manière dont elles sont filmées et la nature du thème traité, ne justifient pas une inscription sur la liste prévue à l'article 12 de la loi du 30 décembre 1975 ». Cette mesure constitue donc une sorte de « classement X indirect », ayant l'avantage de ne pas pénaliser financièrement le producteur du film. Ce classement résulte de la combinaison de deux critères. Pour la Cour de cassation, le film doit comprendre « au moins six scènes de sexe en gros plan, avec une progression *ad libitum* du nombre de partenaires et d'emboîtages dans le but d'exciter le spectateur » (critère objectif). Néanmoins, s'il peut être établi que la finalité (critère subjectif) est « artistique » ou « éducative », le film échappe donc au statut pornographique et à sa relégation dans les *sex-shops* ou dans les programmes télévisés

152 *Le droit des sexualités*

cryptés. Le Conseil d'état a adopté les mêmes critères d'appréciation, à la fois objectifs et subjectifs. Le premier critère (objectif) consiste à montrer « une activité sexuelle réelle, non simulée » tandis que le second critère prend en considération « l'intention du réalisateur, le contenu d'ensemble du film, le sujet traité et la qualité de la réalisation ».

Le contrôle des images pornographiques à la télévision revient au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) qui doit « veiller à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité humaine dans les programmes mis à la disposition du public ». Le dispositif se complète avec une directive communautaire 89/552/CEE du 3 octobre 1989, « Télévision sans frontières », laquelle, dans son article 22, invite les  tats membres à prendre toutes les mesures appropriées pour que les chaînes de télévision ne diffusent « aucun programme susceptible de nuire gravement à l'épanouissement moral des mineurs, notamment des programmes comprenant des scènes de pornographie ou de violence gratuite ». Cette disposition distingue ainsi les programmes nuisant « gravement » aux mineurs des autres programmes dont la diffusion est admise sous certaines réserves. Aux termes de ce texte, la pornographie relève de la première catégorie, absolument interdite. Toutefois, le texte communautaire ne définit ni la pornographie, ni la violence gratuite. Il appartient donc à chaque état, en fonction de sa propre sensibilité, de préciser dans son droit national ce que chacune de ces notions recouvre. Ainsi, au Danemark, seules les chaînes de télévision publiques sont diffusées sur le réseau hertzien et elles n'ont pas l'autorisation de montrer des programmes pornographiques. En Belgique, les programmes télévisés comprenant de la pornographie ou des scènes de violence gratuite ne peuvent être diffusés que pendant certains créneaux horaires. En Allemagne, la pornographie, qu'elle soit diffusée par voie écrite, au cinéma ou dans les programmes de télévision est formellement interdite. En revanche, les programmes érotiques peuvent être diffusés à des horaires tardifs outre-Rhin. Au Royaume-Uni, la pornographie est interdite sur les chaînes publiques, mais autorisée sur les autres chaînes.

En France, suite à des poursuites engagées devant la Cour de justice des communautés européennes, notamment, pour

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 153

défaut de transposition de l'article 22 de la directive, une loi du 1<sup>er</sup> août 2000 est venue modifier l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 afin de reprendre la distinction « interdiction relative / interdiction absolue » établie dans le texte européen. Mais, si l'esprit de la directive est bien retranscrit, la portée en est quelque peu atténuée. Désormais, l'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 distingue :

- les programmes portant atteinte à la dignité de la personne humaine, incitant à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de m eurs, de religion, de nationalité ainsi que les programmes « susceptibles de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs », sont totalement interdits ;
- les autres programmes « susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ». Leur diffusion est licite sous réserve que les mineurs n'y soient pas exposés, le CSA veillant à ce qu'ils soient précédés d'un avertissement au public et identifiés par la présence d'un symbole.

Le CSA encadre donc la diffusion « d'œuvres cinématographiques interdites aux mineurs de 18 ans, ainsi que les œuvres réservées à un public adulte averti et qui, en particulier par leur caractère obscène, sont susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs de 18 ans ». Ces programmes peuvent être diffusés en crypté entre minuit et 5 heures du matin. Le Conseil prohibe la diffusion des «  uvres attentatoires à la dignité de la personne humaine, notamment les œuvres qui sont consacrées à la représentation de la violence et de perversions sexuelles, dégradantes pour la personne humaine ou qui conduisent à l'avilissement de la personne humaine (...), les œuvres pornographiques mettant en scène des mineurs ainsi que des œuvres d'extrême violence ou de violence gratuite ».

Outre les films, peuvent également être soumis à une censure préalable (ou après la publication) toutes les œuvres de l'esprit. Outre le ministère de la Culture, la Commission de classification des films et le CSA ont pouvoir d'intervention, ainsi que le ministère de l'Intérieur, le procureur de la République, les associations, les parents, etc.

154 *Le droit des sexualités*

Le nombre et la complexité des contrôles de même que la démultiplication de censeurs mis en place pour limiter la circulation d'images pornographiques destinées aux adultes et consommées par eux montre la difficulté du droit à se dégager d'une vision moralisatrice de la sexualité. Condamnable par la morale traditionnelle, la pornographie, d'un point de vue strictement juridique, devrait être traitée comme n'importe quelle autre création de l'esprit. Comme le note A. Tricoire, « s'il existe un seul lieu où l'insécurité est légitime, car elle y est essentiellement démocratique, c'est bien dans le cœur des œuvres, et dans cette relation très étrange entre l'œuvre et celui qui la lit ou la regarde »<sup>1</sup>.

D - MONOGAMIE ET DEVOIR CONJUGAL

Le mariage occidental est de nature monogamique. L'article 147 du Code civil établit que l'on ne peut pas contracter un second mariage avant la dissolution du premier. Si l'un des futurs époux prétend être veuf ou divorcé, il lui faut justifier la dissolution du pr c dent mariage soit par l'acte de décès de son premier conjoint soit par la mention du divorce en marge de son acte de naissance. La bigamie est une cause de nullité du mariage. Elle constitue également une infraction punie d'un an d'emprisonnement et de 45 000 à d'amende<sup>2</sup>. L'ordre public français s'oppose à la célébration des mariages polygamiques quand bien même la loi personnelle des époux le leur permettrait<sup>3</sup>.

L'exclusivité sexuelle est aussi une caractéristique du mariage. Ainsi, l'article 212 du Code civil dispose que « les

1. A. Tricoire, « Le sexe et sa représentation artistique : la liberté de créer aux prises avec l'ordre moral », in D. Borrillo et D. Lochak (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.

2. Art. 433-20 du Code pénal.

3. De même, la loi interdit l'immigration et le droit au regroupement familial pour le polygame qui veut faire venir sa seconde épouse en France (art. L. 411-7 du Code des étrangers), le droit va même plus loin permettant à l'administration de « refuser le renouvellement de la carte de résident d'un ressortissant étranger vivant en état de polygamie ou de ses conjoints *quelle que soit la date de la délivrance de ce titre de séjour* » (CE, 18 juin 1997, Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés, Association France-Terre d'Asile).

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 155

 poux se doivent mutuellement respect, fidélité, secours, assistance à. Outre ces obligations, les époux sont tenus d'entretenir entre eux des rapports sexuels réguliers. Le devoir conjugal peut se définir ainsi comme l'exigence d'une vie sexuelle régulière au sein du mariage. La formule de l'article 215, « les époux s'obligent mutuellement à une communauté de vie », implique une double dimension : vivre ensemble (communauté de toit) et entretenir des rapports sexuels (communauté de lit). Si le devoir de cohabitation charnelle n'est pas expressément mentionné dans la loi, la jurisprudence et la doctrine ont mis en place une véritable orthodoxie sexuelle au sein de l'institution matrimoniale. Le silence de la loi sera ainsi remplacé par l'interprétation des juges et la doctrine conservatrice.

D'après la Cour de cassation « la méconnaissance du devoir de cohabitation est constitutive d'une violation grave des devoirs et obligations du mariage rendant intolérable le maintien de la vie commune »<sup>1</sup>.

La marque du droit canonique est particulièrement frappante surtout par rapport au contenu de cette notion. Alors que le droit romain ne considérait pas l'acte sexuel comme étant nécessaire à l'union matrimoniale, le droit canonique le qualifie encore de « devoir conjugal par excellence » et met en exergue la notion clé de *copula carnalis*. Celle-ci implique que l'acte sexuel entre les époux est tout d'abord une condition de perfection du mariage : la consommation rend le mariage indissoluble, alors que s'il n'y pas d'acte sexuel, le sacrement matrimonial n'existe pas. De plus, l'accouplement engendre une forme de « droit sur le corps de l'autre » dont dispose chaque époux réciproquement.

Dans le modèle officiel du droit positif, la sexualité matrimoniale prend la forme d'un devoir (*debitum conjugale*)   double dimension. Négativement, devoir de s'abstenir d'entretenir des rapports sexuels avec des tiers (fidélité) et positivement, devoir d'entretenir des rapports sexuels avec le conjoint (devoir conjugal proprement dit). Le dispositif se complète avec l'article 212 du Code civil : « Les époux se doi-

1. Cass., 1<sup>re</sup> ch. civ., 14 novembre 2007, n  07-11.330, *Dalloz Jurisprudence en ligne* (<http://bu.dalloz.fr/>).

156 *Le droit des sexualités*

vent mutuellement fidélité, secours, assistance. » Si l'adultère a perdu de sa gravité (surtout depuis sa dépénalisation en 1975 et par la fin de sa qualité de cause péremptoire de divorce), le juge peut néanmoins considérer qu'il constitue une faute imputée à l'un des conjoints et susceptible d'entraîner le divorce surtout lorsque l'acte adultérin n'est pas accompagné de connivence ou de réciprocité.

Le devoir conjugal est pour les époux une obligation d'ordre public. Ainsi, une convention établie par des conjoints dans laquelle ils stipuleraient l'absence d'intimité sexuelle serait considérée nulle. Le refus de partager le lit conjugal peut être considéré comme un fait injurieux justifiant le divorce contre « un homme qui ne fait pas face à ses devoirs de mari ». Cette intimité doit se traduire par des rapports sexuels r guli rs et modérés. Dans une décision du 28 mai 1956 la cour d'appel de Lyon stipulait que « le devoir conjugal impose l'établissement de relations sexuelles (...). En outre, il impose aux conjoints une continuité des relations (...) ». Le devoir d'entretenir des relations sexuelles avec son conjoint peut être qualifié d'obligation à exécution successive susceptible d'être contrôlée par les magistrats si l'un des partenaires s'en plaint en justice. La Cour de cassation a ainsi estimé que constitue une injure cause de divorce « la décision de l'épouse d'imposer à son mari une limitation [excessive] dans leurs rapports intimes »<sup>1</sup>.

Si le refus de rapports sexuels est condamné par les juges<sup>2</sup> et considéré comme une faute, son inflation l'est tout autant. Concernant la fréquence de l'acte sexuel, le tribunal d'instance de Saintes a stipulé que « la moyenne relevée en général dans les couples français est d'un rapport par semaine »<sup>3</sup>. Dans une décision du 25 juin 1970, le TGI de Dieppe a condamné un mari qui soumettait son épouse à plusieurs actes sexuels quotidiens (trois coûts par nuit) « au point de la rendre malade ». Dans une autre affaire, la Cour de cassation prononça un divorce aux torts d'un conjoint qui était dans

1. Cass. 2  civ., 10 février 1972, *D.*, 1972, p. 28.

2. Dans un arrêt du 26 juin 1928, la CA Colmar condamnait le fait « répréhensible de ne pas avoir fait acte de mari plus fréquemment », CA Colmar, 26 juin 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, 2  sem. jur., 685.

3. Trib. inst. de Saintes, 6 janvier 1992 (non publié).

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 157

« l'incapacité à faire face aux devoirs de mari »<sup>1</sup>. Aussi, un divorce aux torts partagés a été prononcé par une cour d'appel dans une affaire où « la femme a refusé fréquemment d'avoir des rapports intimes et que le mari, exprimant son aspiration à un minimum de vie personnelle au détriment d'une vie conjugale normale, a délaissé son épouse en s'abstenant fréquemment... »<sup>2</sup>.

Les juges deviennent ainsi les garants d'un équilibre sexuel situé au juste milieu entre l'excès et la carence et dans lequel les deux conjoints, en tant que créanciers du devoir conjugal, doivent remplir leurs obligations.

Non seulement la fréquence des rapports sexuels peut être examinée par les juges mais aussi la manière dont cette obligation s'exécute. En effet, celle-ci n'est pleinement valable que si les rapports sexuels sont complets. C'est pourquoi les juges ont considéré que le mari ne remplissait pas ses devoirs, du fait d'avoir entretenue des rapports « si imparfaits qu'ils ne procuraient à sa femme ni espérance de maternité, ni plaisir ». Dans le même ordre d'idées, les pratiques sadomasochistes ou les actes exhibitionnistes entre époux ne peuvent pas être invoqués par eux comme libérateurs de l'obligation conjugale<sup>3</sup>.

L'obligation d'entretien des rapports sexuels doit de surcroît être exécutée d'une manière classique, c'est-à-dire par la voie pénis-vagin.

La qualification criminelle de viol fut refusée par la justice jusque dans les années 1980 lorsque celui-ci avait lieu dans le mariage, en revanche la sodomie était toujours condamnée puisqu'elle constituait, pour les juges, un attentat aux m eurs<sup>4</sup>. Cette situation montre bien que ce n'était donc pas l'échange de volontés libres qui déterminait la légitimité du rapport mais la réalisation de l'acte sexuel par le « vase idoine » (le vagin), comme le désignait jadis la terminologie théologique. Le même acte sexuel non consenti pouvait pro-

1. Cité par J.-P. Branlard, *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, LGDJ, 1993, p. 319.

2. CA Nancy, 11 mars 1996, *Juris-Data*, 044058.

3. CA Paris, 6 janvier 1988, *Juris-Data*, 020195, Cass. 2<sup>e</sup> civ., 28 novembre 1973, *JCP*, 1974, 6404.

4. Cass. crim., 21 novembre 1839, S., 1839-1-317, concl. Dupin.

158 *Le droit des sexualités*

duire des conséquences juridiques radicalement opposées : se perp trant par pénétration vaginale, il se trouvait dépourvu d'effets pénaux, par pénétration anale ce même acte devenait un délit.

S'il est vrai qu'aujourd'hui la sodomie dans le cadre du mariage échappe au regard prétorien, la monogamie elle, demeure une obligation civile. Ainsi, le devoir de fidélité de l'article 212 est compris par la jurisprudence non seulement comme une obligation d'exclusivité charnelle mais aussi émotionnelle. Un échange épistolaire intime, des sorties fréquentes ou l'entretien de relations équivoques avec un tiers peuvent tomber dans la catégorie d'infidélité<sup>1</sup>. Même une relation spirituelle entre une femme et son évêque, relation dépourvue de toute connotation ambiguë, mais considérée par le juge comme trop intense et trop régulière, fut retenue comme cause d'un divorce pour adultère<sup>2</sup>.

*Devoir conjugal et finalité reproductive du mariage*

S'il est vrai que la reproduction n'a jamais été ni condition ni effet du mariage, elle semblait autrefois paradoxalement constituer une préoccupation pour le juge et surtout pour la doctrine conservatrice d'aujourd'hui. Ainsi, a été considéré comme injurieux le fait d'une femme d'avoir effectué une IVG contre la volonté de son époux<sup>3</sup>. De même, dans une autre affaire a été estimé fautif le refus de paternité et la demande insistante d'interruption de grossesse à sa femme enceinte<sup>4</sup>. Cette jurisprudence a depuis été très critiqu e et on aurait pu imaginer, par la dissociation acquise entre reproduction et mariage, que ces exemples étaient tombés en d suetude jusqu'au jour où a émergé la revendication du droit au mariage pour les couples homosexuels. En effet, l'argument de la reproduction réapparaît sous la plume de certains professeurs de droit hostiles aux unions de même

1. Cass. 2  civ., 31 octobre 1962 ; 2  civ., 7 mars 1962 et 2  civ., 7 janvier 1970.

2. Paris, 13 février 1986, *Caz. Pal.*, 216.

3. Cass. 2  civ., 27 mars 1974, *Bull. civ.*, 1974.II.94, n  111.

4. Paris, 5 mai 1987, *Juris-Data*, 023023.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 159

sexe<sup>1</sup>. Ainsi, tout au long du débat sur le PACS plusieurs juristes n'ont cessé de rappeler que la différence « objective » (celle qui justifie un traitement discriminatoire)<sup>2</sup> entre le couple homosexuel et le couple hétérosexuel était la vocation procréatrice de ce dernier. D'après cette opinion, l'aboutissement « normal » de la vie du couple serait l'accueil des enfants. Comme le souligne F. Gaudu : « N'y a-t-il pas là un "abus de minorité" ? Dans la volonté d'obtenir un statut, non pour un cadre de la reproduction, mais pour un comportement sexuel, il peut sembler qu'il y a une véritable indiscretion. »<sup>3</sup> Dans un entretien, F. Dekeuwer-Défossez, propose « d'imaginer un contrat dans lequel on accorderait les mêmes droits aux couples homosexuels qu'aux unions hétérosexuelles. On pourrait même l'appeler mariage. Mais ce n'en serait pas un, puisqu'un couple de personnes de même sexe ne peut procréer »<sup>4</sup>. Interrogé sur l'intérêt de la société à ouvrir le mariage aux homosexuels, J. Hauser répond qu'il n'en existe aucun. D'après le juriste, « la loi donne des avantages aux couples mariés parce que c'est dans ce cadre que les enfants sont conçus. Mais, s'ils sont conçus ailleurs, le mariage devient un contrat ordinaire qui ne justifie plus aucun avantage »<sup>5</sup>. Selon J. Normand, « l'institution du mariage est naturellement ordonnée vers la procréation. Elle trouve là sa vocation naturelle »<sup>6</sup>.

1. Pour une analyse des discours de la doctrine, voir D. Borrillo, « Fantasmata des juristes *vs Ratio juris* : la doxa des privatistes sur l'union entre personnes de même sexe », in *Au-delà du PACS. L'expertise familiale à l'épreuve de l'homosexualité* (co-direction avec E. Fassin et M. Iacub), Paris, PUF, coll. « Politique d'aujourd'hui », 1999.

2. Dans un ouvrage collectif consacré à la question, H. L couyer, reprenant les propos de P. Catala, note qu'il y a urgence à définir le couple puisque « Sodome réclame droit de cité », in C. Brunetti-Pons (dir.), *La notion juridique de couple*, Paris, Economica, 1998, p. 1.

3. «   propos du contrat d'union civile : critique d'un profane », *Dalloz*, 2  Cahier, chron., 1998, p. 225.

4. *L'Express*, 12 avril 2004, p. 109.

5. *La Croix*, 21 mai 2004, p. 3.

6. J. Normand, Rapport de synthèse, in *La notion juridique de couple, op. cit.* Jean-Luc Auber va plus loin lorsqu'il écrit : « Il existe, en effet, entre les deux cas, au regard de la société, une différence irréductible qui tient, qu'on le veuille ou non,   la nature des choses : savoir que la communauté de vie d'un couple homosexuel est, au mieux, socialement neutre, tandis que celle d'un ménage hétérosexuel est portuese d'espoir et de longévité pour la société. Impropre à assurer le renouvellement des membres qui composent celle-ci, l'homosexualité est par nature un comporte-

## 160 *Le droit des sexualités*

Ce lien entre mariage et filiation est devenu pour beaucoup de juristes l'arme rhétorique permettant de justifier le refus du droit au mariage pour les couples homosexuels. Finalement, cette opinion rejoint celle des juges. En effet, dans un arrêt du 19 avril 2005, la cour d'appel de Bordeaux, sur la base d'un des discours préliminaires du projet de Code civil de 1804, conclut qu'en « droit interne français le mariage est une institution visant à l'union de deux personnes de sexe diff rent, leur permettant de fonder une famille appelée légitime. La notion sexuée de mari et de femme est l'écho de la notion sexuée de père et mère ». La Cour de cassation a confirmé l'arrêt de la cour d'appel de manière laconique : « Selon la loi française, le mariage est l'union d'un homme et d'une femme. »<sup>1</sup>

### *Rôle du divorce pour faute dans le système français*

C'est toujours dans le cadre d'un contentieux que le contrôle judiciaire s'effectue, et c'est justement là que les égarements sexuels pourront être reprochés au conjoint fautif.

Selon qu'il repose sur le constat d'un échec du mariage, qu'il soit l'effet de la volonté commune des conjoints ou qu'il ait comme but de réprimer les fautes conjugales commises par l'un des époux, le divorce est considéré comme une faille, une convention ou une sanction<sup>2</sup>. C'est sur cette dernière

ment mortel pour la société. Ce n'est pas là une appréciation d'ordre moral et subjectif, mais une constatation biologique élémentaire » (note sous arrêt, Cass. 3<sup>e</sup> civ., du 17 décembre 1997, *Dalloz*, 1998, 9<sup>e</sup> Cahier, Jur., p. 114-115).

1. Cour Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ., 13 mars 2007 (*Dalloz*, 2007, *Jur.* 1395, note Agostini). On ne cessera de se surprendre de l'ardeur de certains professeurs de droit lorsqu'il est question d'homosexualité. Ainsi, H. Fulchiron conclut son commentaire de l'arrêt en question avec la phrase suivante : « On ne touche pas impunément au mariage. Face aux enjeux de sa décision, la Cour de cassation a fait œuvre de *juris prudentia*. Puisse le législateur faire preuve de la même sagesse ! » (*Dalloz*, 2007, p. 1375).

2. La réforme du divorce, votée le 12 mai 2004 est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2005. « Il s'agit d'un changement en douceur, il n'y a donc pas un bouleversement complet des procédures. Le divorce sur requête conjointe se simplifie (...). Le divorce sur demande acceptée devient divorce pour acceptation du principe de rupture du mariage (...). Le divorce pour faute change finalement assez peu. Les nouveautés principales sont l'autonomie de la faute par rapport aux conséquences financières du divorce. L'époux fautif pourra solliciter une prestation compensatoire et les donations faites à son avantage ne seront plus automatiquement révoquées. Les violences conjugales seront réprimées plus durement, notamment par la possibilité d'oc-

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 161

figure que nous porterons notre attention. Malgré les nombreuses tentatives de la faire disparaître, la faute demeure la principale cause des divorces prononcés en France. Les fautes reprochées doivent constituer une violation grave et renouvelée des devoirs et obligations du mariage et rendre intolérable le maintien de la vie commune<sup>1</sup>.

Les avatars de cette notion de faute font partie de l'histoire du droit civil français. En effet, si les juristes de la Révolution avaient pu imposer par une loi du 20 septembre 1792 leur conception la ique du divorce, celle-ci sera abolie en 1816 par la monarchie restaurée. Il a fallu attendre les débuts de la III  République pour que la question du divorce soit à nouveau débattue. Afin d'assurer le vote de la loi, un compromis a d  être engagé avec l'aile conservatrice du Parlement. En 1884, seul le divorce comme sanction judiciaire des fautes d'un époux a pu devenir une règle du droit positif.

Une réforme majeure aura lieu en 1975 avec l'introduction d'autres formes de divorces plus consensuelles   côté du divorce pour faute.

Le juge décide du caractère excessif de la faute qui rend impossible le maintien de la vie commune : les situations les plus habituellement sanctionnées sont les brutalités à l'égard du conjoint ou des enfants, les injures, les conduites d shonorantes, la délinquance et l'ivresse. Mais l'adultère demeure la cause la plus importante de divorce pour faute. C'est donc dans l'espace de la sexualité que cette vieille notion permet encore de sanctionner d'une manière quasi systématique le conjoint coupable. En effet, depuis une décision de la chambre civile de la Cour de cassation du 23 avril 1980, l'adultère constitue une violation grave au devoir de fidélité y compris lorsqu'il est commis par des partenaires séparés de

troi du domicile conjugal par préférence à la victime. Le divorce pour rupture de la vie commune devient le divorce pour altération définitive du lien conjugal : c'est cette forme de divorce qui subira le plus de changement » (*La réforme du divorce*, extrait du site) : <http://www.cyber-avocat.com/Famille/Default.asp?IdF=3&IdSf=22>.

1. Dans la nouvelle loi sur le divorce, il est apparu inutile de maintenir l'hypothèse spécifique de violation renouvelée de ces obligations, celle-ci étant incluse dans la notion de violation grave.

162 *Le droit des sexualités*

fait ou dès lors qu'il a lieu pendant la procédure de divorce<sup>1</sup>. Et si le juge supporte l'adultère du conjoint, ce n'est qu'à condition qu'il soit commis par celui ou celle qui a été abandonné et après une longue période de solitude. Une sorte de charité prétorienne viendrait donc tolérer un « péché » conçu comme presque inévitable<sup>2</sup>.

La question du devoir conjugal peut également apparaître lors d'une procédure d'annulation fondée sur l'erreur dans la personne, ou sur des qualités essentielles de celle-ci. Dans ce cas, le mariage ne produira pas ses effets à l'égard de l'époux qui ne l'a pas contracté de bonne foi, c'est-à-dire celui qui a dissimulé l'absence de ces qualités essentielles. Il a été reconnu à plusieurs reprises que ce qui constitue une erreur sur les qualités essentielles est l'inaptitude à avoir des relations sexuelles normales, ouvrant donc la voie à la nullité du mariage.   ce titre, l'« affaire de Lille » est significative. Le TGI de Lille prononce le 1<sup>er</sup> avril 2008 l'annulation d'un mariage au motif d'une erreur sur une qualité essentielle de l'épouse : l'absence de virginité. Cette décision est toutefois cassée par la cour d'appel de Douai qui considère que « la virginité ne peut pas être considérée comme une qualité essentielle en ce que son absence n'a pas d'incidence sur la vie matrimoniale »<sup>3</sup>.

Sur le plan pénal, l'étude des effets du devoir conjugal se révèle particulièrement intéressante dans la mesure où elle permet d'en fixer les limites. Pendant longtemps, l'utilisation dans les rapports sexuels de la contrainte ou de la violence se trouvait légitimée par le devoir conjugal. Ainsi, des faits relevant de la définition matérielle du crime de viol étaient exonérés de toute sanction au nom d'une « présomption irréfutable de consentement » au sein du couple marié. Il a fallu attendre une décision de la Cour de cassation de 1990 pour que la possibilité d'un viol entre époux soit définitivement reconnue. La formule utilisée laisse toutefois transparaître le maintien des effets du devoir conjugal, car demeure encore une « présomption simple de consentement »<sup>4</sup>.

1. *Gaz. Pal.*, 1981.1.89, note J. Massip.

2. Cass. civ. II, 22 mars 1995, *Audijuris*, 1995, n  53, p. 12, obs. P. Courbe.

3. CA Douai, 17 novembre 2008, n  07-08458, F. Terré, *JCP*, 2008, 439.

4. Cass. crim., 5 septembre 1990, n  90-83.786, *Bull. crim.*, 1990, n  313, p. 790.

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 163

Enfin, dans une vision contractualiste du mariage, il serait plus pertinent de passer de la notion canonique de « devoir conjugal » à celle plus démocratique d'« accord entre les époux » (comme il existe aujourd'hui pour les conventions patrimoniales) dans lequel ils peuvent spécifier ce qu'ils souhaitent inclure dans leurs relations intimes y compris l'absence totale de sexualité ; l'intervention éventuelle du juge viendrait simplement sanctionner la rupture de cet accord.

### *La construction sociale du mariage hétérosexuel*

Le mariage, à l'origine de la famille, consacre socialement l'union de deux personnes ayant comme but la solidarité réciproque sur la base de l'affection mutuelle. D'après le doyen Carbonnier, « la famille est moins une institution qui vaudrait par elle-même qu'un instrument offert à chacun pour l'épanouissement de sa personnalité (...) c'est une forme de droit au bonheur implicitement garantie par l'état »<sup>1</sup>. Le droit moderne favorise donc l'aspect contractuel du mariage et sa dimension personnelle plutôt que l'ancienne structure institutionnelle.

Dans les sociétés traditionnelles, le mariage avait comme but l'alliance des clans et l'échange des femmes constituait un élément essentiel de cette forme anthropologique de commerce. L'avis des partenaires n'était nullement pris en considération, il s'agissait d'abord d'assurer la conservation du patrimoine et la continuité de la lign e. Ces fonctions économique et procréatrice articulaient le modèle du mariage qui, ne présupposant aucunement une affection réciproque, était dès lors régi par une stricte distribution des r les en vertu de laquelle la femme était soumise à l'autorité incontestable de l'homme. Dans la majorité des sociétés traditionnelles de type patrilinéaire l'échange de sœurs d'un groupe d'hommes avec un autre groupe d'hommes organise le commerce marital. Dans les sociétés matriarcales (les Na au sud-ouest de la

1. J. Carbonnier, *Essais sur les lois*, Paris, Deffr nois, 1979, p. 171.

Chine ou les Nafara au nord de la Côte-d'Ivoire, notamment) le mari est réduit à la fonction de géniteur, la fonction paternelle étant assumée par le frère de la mère<sup>1</sup>.

  l'origine du droit occidental, le mariage romain organisait la société des hommes libres.   côté du *ius connubi* ou « mariage *cum manu* », c'est-à-dire mariage formel, diverses formes de conjugalité se développent à Rome : le mariage *sine manum*, le *more uxorio* (concubinage) et le *contubernium*, ce dernier étant réservé aux esclaves. La nécessité de ces différents degrés de « conjugalité » continue à se justifier pendant tout le haut Moyen âge par la persistance de l'esclavage. Il a fallu attendre une condamnation papale en 1095 pour mettre fin au *contubernium* qui, entre-temps, régissait la conjugalité des serfs de la glèbe.

Attaqué par de nombreuses hérésies et ridiculisé par l'amour courtois, le mariage avait besoin d'être revalorisé par l' glise. C'est ainsi que par une étrange alchimie, le biologique et le spirituel vont se conjuguer dans les arguments des autorités canoniques. En effet, en 1140 Gratien dans sa *Concordia discordantium canonum* explique le mariage par la nature de la différence génitale entre l'homme et la femme. L'année précédente le concile de Latran II avait octroyé au mariage le statut de sacrement. Affirmé dans la *Bulle d'union avec les Arméniens* au concile de Florence du 6 juillet 1439, le caractère sacramentel du mariage sera de nouveau confirmé comme tel par le concile de Trente. Chair et esprit, seront désormais unis dans le mariage, d'une part, par la doctrine de la nature physiologique de la différence complémentaire des sexes, et d'autre part, par le dogme du don spirituel, arguments qui serviront de fondement à la théologie du mariage catholique (universel). Cette proclamation formelle (*sacramentum*) est lourde de conséquences, si le mariage est un sacrement, c'est à l' glise et à elle seule, que revient le contrôle de l'alliance. Or, les  tats n'ont jamais complète-

1. Cai Hua, *Une société sans père ni mari : les Na de Chine*, Paris, PUF, coll. « Ethnologies », 1997. Concernant le matriarcat en Occident voir également Johann Jakob Bachofen, *Le droit maternel : recherche sur la gyn cocratie de l'Antiquité dans sa nature religieuse et juridique*, Paris,  d.  ge d'Homme, 1996 ; Philippe Carrer, *Le matriarcat psychologique des Bretons : essais d'ethnopsychiatrie*, Paris, Payot, 1994 et enfin Ida Magli, *Matriarcat et pouvoir des femmes*, Paris,  d. Des Femmes, 1983.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 165

ment accepté un tel monopole et les conflits entre pouvoir temporel et pouvoir religieux n'ont pas tard  à apparaître.

Inspiré des idées jusnaturalistes, la mentalité du XVIII  siècle supportait de moins en moins l'idée d'une union sacrée *ad vitam*. Des juristes comme Voltaire et Montesquieu ne cessaient de défendre l'idée d'un mariage civil purement contractuel où les parties se gardaient la liberté de rompre le lien. Depuis la Révolution française le mariage est considéré comme un contrat *sui generis*, la c. Opposé au sacrement religieux, le mariage civil naît de la doctrine du mariage-contrat. Dans une intervention à l'Assemblée législative de septembre 1792, M. S dillez, se référant au divorce, signalait : « Le mariage est un contrat civil. Il est de la nature des contrats de se résoudre de la même manière dont ils ont été formés. Le mariage étant formé par la volonté de deux personnes, il est naturel qu'il puisse se dissoudre par une volonté contraire. » Débarrassé de sa nature canonique et métaphysique, le nouveau mariage fonde sa légitimité sur la volonté réciproque des futurs époux. La Constitution de 1791 statuait : « La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. »

Si la différence des sexes était une condition *sine qua non* du sacrement matrimonial dont la consommation sexuelle (*copula carnalis*) permettait à l'homme et la femme de devenir un seul corps (*erunt uno in carne una*), la notion moderne de mariage se fonde exclusivement sur le consentement<sup>1</sup>. En effet, la perfection du mariage ne dépend plus de la rencontre de deux corps de sexes différents mais uniquement de deux volontés. La controverse entre les partisans et les opposants du mariage homosexuel révèle la différence entre une vision canonique de l'institution matrimoniale et l'affirmation du mariage civil fondée sur la modernité.

Alors que la finalité reproductive de l'institution apparaît dans le droit canonique entre autres par l'empêchement au mariage dans les cas d'impuissance perpétuelle et antérieure à l'union, pour le droit civil l'engendrement n'est nullement une condition ou une conséquence du mariage. Les couples

1. Art. 146 du Code civil : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. »

stériles et les femmes ayant atteint la ménopause ont toujours eu accès au mariage. Depuis 1967, l'utilisation de moyens contraceptifs est autorisée même entre époux. Plus encore, la reconnaissance du mariage *in extremis* ainsi que le mariage posthume de l'article 171 sont la preuve incontestable de la dissociation juridique entre mariage et reproduction. Même dans la présentation formelle du Code civil, mariage et filiation sont traités dans des titres séparés. L' tat démocratique a décidé de mettre entre parenthèses un certain nombre de qualités du citoyen de telle sorte que le sujet de droit n'ait pas de race, de religion ou d'appartenance communautaire. Suivant cette logique, pour l'exercice du droit conjugal, le sujet de droit devrait également être dépourvu de sexe. La seule condition relevante serait donc la capacité à consentir et le libre choix du partenaire sans aucune considération sur le sexe auquel il appartient.

Malgré la force de ces arguments et la reconnaissance du droit au mariage pour les couples de même sexe dans plusieurs pays, la jurisprudence française exige non seulement la différence des sexes<sup>1</sup> comme préalable au *ius connubi* mais également la différence des genres. Lorsqu'un couple constitué par une femme transsexuelle et son partenaire (un travesti de sexe masculin mais d'apparence féminine) a fait recours du refus du maire à le marier, le TGI de Nanterre puis la cour d'appel de Versailles ont confirmé le refus. Pour la cour d'appel « la revendication affichée par le futur époux de sa féminité alliee à sa détermination de se marier sous une identité d'usage (de femme) et non sa véritable identité confinant à la provocation et témoignant d'une inspiration essentiellement militante que relaie vigoureusement la future épouse, font que l'intention matrimoniale alléguée n'est pas conforme à celle qu'induit l'institution matrimoniale du mariage en l'état du droit positif, et qu'en réalité les appelants entendent, sous couvert d'une prétendue communauté de vie alléguée à titre de gage des sentiments affectifs qui les animeraient et seraient la véritable cause de leur union, s'unir en tant que femmes et contrevenir pour mieux la combattre la prohibition actuelle du

1. Cass. 1<sup>re</sup> ch. civ., Pourvoi n  05-16.627, Arrêt n  511 du 13 mars 2007, *Bulletin*, 2007, I, n  113 (*Dalloz Jurisprudence* en ligne <http://bu.dalloz.fr>)

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 167

mariage entre personnes de même sexe »<sup>1</sup>. Selon les juges, les requérants ne voulaient pas se marier, derrière cet acte se cacherait un geste militant ayant pour but la revendication du mariage homosexuel. Or, à aucun moment cette prétendue simulation n'a pu être prouvée, d'autant plus que les requérants n'entendaient pas se soustraire aux obligations conjugales. Et même s'il existe  *affectio maritalis* , rien n'empêche un couple de se marier pour des raisons militantes. Afin de justifier l'opposition à mariage d'un couple constitué juridiquement par un homme (travesti mais qui n'a pas changé de sexe) et une femme (transsexuelle qui a changé de sexe) les autorités judiciaires ont mis en place un artifice leur permettant de s'opposer à ce mariage : d'une part, en le qualifiant d'acte simulé et, d'autre part, en le considérant comme une union homosexuelle, alors que du point de vue juridique il s'agit bien d'un couple hétérosexuel. Même si les requérants ont démontré leur volonté commune et durable de vivre comme conjoints pour créer l'union conjugale, celle-ci ne peut pas exister d'après la Cour. Le fondement invoqué cache en réalité un autre sous-jacent à savoir celui de la bonne exécution de l'obligation de cohabitation. En effet, les juges estiment implicitement que le travesti, tout en étant un homme aux yeux de loi, ne peut pas accomplir convenablement le devoir conjugal puisqu'il ne désire pas une femme en tant qu'homme mais en tant que femme. La Cour conclut que « les appelants (...) entendent (...) s'unir en tant que femmes ». Or, avec cette interprétation les juges introduisent une nouvelle condition pour l'accès au droit au mariage : la différence d'apparence sexuelle, accompagnée de désir hétérosexuel.

Désormais, ce qui compte pour la bonne exécution du devoir conjugal, ce n'est plus le sexe mais le genre et la nature du désir (hétéro)sexuel des conjoints.   l'évidence, ce glissement opéré par les juges est susceptible de transformer la fonction de juger en une véritable police du sexe et du genre puisqu'il permettrait de soumettre chaque demande de mariage à une inquisition du désir érotique des futurs conjoints.

1. CA Versailles, 1<sup>re</sup> ch., 8 juillet 2005, n  05-04694 (*Daloz Jurisprudence* en ligne <http://bu.dalloz.fr>).

168 *Le droit des sexualités*

E - LES PRATIQUES SEXUELLES EXTRÊMES :  
LE SADOMASOCHISME

Les attirances et pratiques sexuelles non conventionnelles (appelées par la psychologie *paraphilies*) tombent sous le coup de la loi pénale uniquement lorsqu'elles portent atteinte à la liberté d'autrui. Tel est le cas notamment de l'exhibitionnisme, du frotteurisme (toucher ou se frotter contre une personne non consentante) ou de la pédophilie. En revanche lorsqu'une pratique sexuelle consentante ne porte pas atteinte à l'intégrité physique, elle se trouve exempte de sanction, indépendamment de son extravagance. Nous citerons quelques exemples : l'urologie (uriner sur son partenaire) ; la scatologie (sexe avec excréments) ; le *fist-fucking* (jeux de dilatation du vagin ou de l'anus par l'introduction de plusieurs doigts ou de la main) ; la klysmaphilie (attirance sexuelle pour les lavements) ; l'harpaxophilie (excitation sexuelle à l'idée d'un vol) ; la pédophile (attirance sexuelle pour les poupées, les ours en peluche et autres jouets zoomorphes ou anthropomorphes) ; l'exobiophilie (attirance sexuelle pour les extra-terrestres et leurs représentations) ; maieusophilie (attirance sexuelle pour les femmes enceintes) ; l'acomoclitisme (attirance sexuelle pour les pubis rasés) ; l'acrotomophilie (excitation à l'idée d'avoir des relations sexuelles avec une personne amputée) ; le pygmalionisme (désir sexuel pour les statues) ; l' m tophilie (pratique sexuelle qui consiste à vomir sur quelqu'un ou à se faire vomir dessus) ; l'asth n ophilie (excitation sexuelle provoquée par le fait d'être malade) ; l'autonepiophilie (attirance sexuelle pour les couches-culottes et par le désir d'être traité comme un enfant) ; l'axilisme (attirance sexuelle pour les aisselles) ; le bouboupisme (excitation provoquée par le pincement des t tons par un partenaire ou par soi-même) ; le candaulisme (excitation provoquée par le spectacle d'une relation sexuelle de son partenaire habituel avec une tierce personne) ; la chronophilie (attirance pour un partenaire d'âge compl tement diff rent) ; la cryophilie (excitation due au froid) ; la podophilie (fétichisme du pied), etc. Parmi les paraphilies consentantes, seul le sadomasochisme

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 169

pourrait, dans certaines circonstances, faire l'objet d'une sanction juridique.

Sigmund Freud, a forgé, au début du XX<sup>e</sup> siècle, le terme « sadomasochisme » par l'association de deux termes crées par Richard von Kraft-Ebing en 1886. Le « sadisme », sur la base du nom de l'écrivain Donatien Alphonse François, marquis de Sade, théoricien de la domination physique et morale du partenaire et le « masochisme », crée à partir du nom d'un écrivain autrichien Léopold von Sacher-Masoch et renvoyant à « la satisfaction provenant de la souffrance vécue et exprimée par le sujet en état d'humiliation ». Pour Freud un sadique est toujours en même temps un masochiste, parce que le rôle actif de la perversion peut alterner avec le rôle passif.

La catégorisation faite par la psychologie des pratiques sexuelles extrêmes illustre parfaitement l'analyse de Foucault. Selon le philosophe, l'émergence d'une méthodologie aux prétentions scientifiques portant sur la sexualité vise surtout à réguler les conduites quotidiennes et les comportements individuels à partir d'énoncés qui délimitent le normal du pathologique.

Le premier travail du juriste consiste donc à ignorer toute connotation négative liée à la notion de perversion sexuelle. Pour notre approche neutre de la sexualité ce n'est pas le contenu des pratiques sexuelles qui est relevant mais uniquement son caractère consensuel.

En droit pénal français, il apparaît que les pratiques sadomasochistes ne font pas l'objet d'une incrimination particulière. Ce qui n'empêche pas qu'une répression criminelle puisse être techniquement concevable, et ce, à l'image des précédents existant dans d'autres  tats européens comme la Belgique ou le Royaume-Uni. Une telle tentative de qualification pénale des pratiques sadomasochistes n'a pas encore eut lieu jusqu'à ce jour en France. Cependant, tout au moins théoriquement, la première incrimination possible relève de l'article 222-1 du Code pénal réprimant les actes de torture et de barbarie et en ce sens, les annotations du Code pénal  dit es par la maison d'édition Dalloz mentionnent la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative au sadomasochisme sous cette disposition. On notera que la

configuration de cet article nécessite une absence de consentement de la victime.

Les différentes incriminations de violences volontaires semblent donc les plus à même de permettre une éventuelle sanction des pratiques sadomasochistes. Et ce, d'autant que l'infraction peut être constituée indépendamment des mobiles de l'auteur des violences, et où le consentement de la « victime » n'efface pas l'infraction.

Si la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, semblait dans un premier temps conforter cette position<sup>1</sup> un arrêt de sa chambre plénière en 2005 modifie sensiblement la donne. En effet, si les juges, pour justifier l'absence de violation de l'article 8 (respect de la vie privée), s'étaient fondés sur des raisons de santé dans la première affaire<sup>2</sup>, ils ont davantage scruté le consentement dans la seconde. La Cour note « qu'il appar it en effet que les engagements des requérants visant à intervenir et arrêter immédiatement les pratiques en cause lorsque la "victime" n'y consentait plus n'ont pas été respectés. De surcroît, au fil du temps, toute organisation, tout contrôle de la situation étaient devenus absents. Il y a eu une escalade de violence et les requérants ont eux-mêmes avoué qu'ils ne savaient pas où elle se serait terminée »<sup>3</sup>. Cette décision place au centre de la liberté sexuelle la notion de consentement. Cette évolution tend à protéger toutes les pratiques sexuelles consenties, en condamnant indirectement l'ingérence de l'état soit au nom de la « santé publique » soit au nom de la « morale ». Le juge européen dispose, en effet, « que le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle, laquelle notion peut s'entendre au sens du droit d'opérer des choix concernant son propre corps. Il en résulte que le droit pénal ne peut, en principe, intervenir dans le domaine des pratiques sexuelles consenties qui relèvent du libre arbitre

1. *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*, 19 février 1997.

2. « En bref, la Cour considère que les autorités nationales étaient en droit de juger que les poursuites engagées contre les requérants et leur condamnation étaient des mesures nécessaires dans une société démocratique à la protection de la santé au sens de l'article 8, § 2 de la Convention (art. 8-2) », al. 50, *Laskey, Jaggard et Brown c/ Royaume-Uni*.

3. *K. A. et A. D. c/ Belgique*, 17 février 2005, Req. nés 42758/98 et 45558/99.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 171

des individus. Il faut dès lors qu'il existe des raisons particulièrement graves pour que soit justifiée, aux fins de l'article 8, § 2 de la Convention, une ingérence des pouvoirs publics dans le domaine de la sexualité »<sup>1</sup>. Elle reconnaît ainsi la capacité de l'individu à agir  rotiquement sans contraintes. C'est justement parce que le consentement libre n'apparaissait pas clairement tout au long de la relation sadomasochiste que la Cour a considéré l'ingérence de l'état par le biais d'une sanction pénale comme étant justifiée et non pas comme elle l'avait fait dans la première affaire pour des raisons de santé. Désormais, si le consentement est clairement prouvé, les pratiques sexuelles extrêmes sont juridiquement protégées par les juges de Strasbourg.

F - LA SEXUALITÉ EN PRISON

En principe les rapports sexuels sont prohibés en milieu carcéral malgré l'absence de textes juridiques explicites en la matière. Pourtant, de nombreux témoignages prouvent que la sexualité est loin d'être étrangère à la vie en prison. Avant la « moralisation » imposée par la monarchie de Juillet (1830), les prisons mixtes et le sexe entre détenus faisaient partie de la réalité carcérale française. Depuis, un véritable tabou s'est installé jusqu'à la parution en 1978 de l'ouvrage de J. Lesage de La Haye, *La guillotine du sexe* qui porte cette question sur la scène publique<sup>2</sup>. Une formule de l'auteur résume la gravité de la situation : « La frustration affective et sexuelle des détenus, ce n'est pas la privation de liberté, c'est la castration pure et simple de l'être humain. » De surcroît, la vie sexuelle dans les prisons n'échappe pas à la violence caractéristique de l'enfermement. Elle est souvent réduite à la masturbation<sup>3</sup>, aux pratiques homosexuelles consenties ou subies (il n'existe pas de prisons mixtes) et aux

1. *K. A. et A. D. c/ Belgique*, 6 juillet 2005, Req. nés 42758/98 et 45558/99.

2. J. Lesage de La Haye, *La guillotine du sexe : misère sexuelle dans les prisons*, Paris, R. Laffont, 1978.

3. Ces pratiques s'appuient sur un certain nombre de supports comme les films ou les revues pornographiques souvent mis à disposition par l'administration pénitentiaire.

## 172 *Le droit des sexualités*

relations sexuelles avec le personnel pénitencier. La principale caractéristique de la sexualité en prison est sa clandestinité (avec les risques sanitaires que cela entraîne). L'épidémie de sida a particulièrement touché les prisons et a mis brutalement en lumière un problème majeur de santé publique. Si l'institution ne reconnaît pas officiellement l'intimité en prison, l'accès des détenus aux préservatifs est obligatoire<sup>1</sup>. Selon une enquête officielle<sup>2</sup>, le préservatif a été utilisé lors du dernier rapport sexuel avec un partenaire occasionnel par près de 28 % des personnes interrogées. La prévention du VIH constitue une reconnaissance implicite de l'existence jusqu'alors inavouée d'une sexualité au sein des prisons. Chez les détenues femmes, l'homosexualité apparaît mieux acceptée que chez les hommes<sup>3</sup>, elle semble se justifier par l'idée d'une recherche d'affectivité et de tendresse et non pas comme la réponse à un simple besoin sexuel.

La seule disposition juridique qui fait référence à la sexualité en prison est l'article D. 249-2, al. 5 du Code de la procédure pénale : « Constitue une faute disciplinaire du deuxième degré le fait, pour un détenu d'imposer à la vue d'autrui des actes obscènes ou susceptibles d'offenser la pudeur. » Cette interdiction est souvent interprétée comme une prohibition générale d'entretenir des rapports sexuels *intra muros*. La sexualité consentie avec une personne extérieure à l'univers carcéral se déroule clandestinement dans le parloir lors des visites. Pour les détenus qui ont une vie de couple, la sexualité avec sa conjointe ou sa compagne (qu'il soit marié, pacsé ou concubin) devrait pourtant être considérée comme un élément constitutif de la vie de famille. L'article D. 402 dispose « qu'en vue de faciliter le reclassement familial des détenus à leur libération, il doit être particulièrement veillé au maintien et à l'amélioration de leurs relations avec leurs proches, pour autant que celles-ci paraissent souhaitables dans l'intérêt des

1. Circulaire 739DGS/DH/DAP du 5 décembre 1996.

2. « L'enquête sur l'infection à VIH en milieu pénitentiaire », Secrétariat d'état à la santé, 1998.

3. Malgré une homosexualité répandue, l'homophobie structure très souvent les rapports sociaux dans les établissements masculins et produit un rejet violent de l'homosexualité. Voir L. Mathieu, M. Faure, D. Welzer Lang, *Sexualités et violences en prison. Ces abus qu'on dit sexuels...*, Paris, Aléas, 1996.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 173

uns et des autres ». Toutefois, la réalité est plus complexe, les surveillants se trouvent confrontés, lorsqu'ils sont témoins de rapports sexuels entre un détenu et son visiteur, à un choix délicat entre les interrompre et faire un rapport à la hiérarchie pénitentiaire ou ignorer l'acte et laisser un peu d'intimité au détenu en violation du règlement<sup>1</sup>.

D'une façon générale, il est permis de penser que la prison constitue une privation de la liberté mais en aucun cas de la sexualité. L'interdiction des rapports sexuels peut être considérée donc comme une double peine non seulement pour la personne détenue mais aussi pour sa ou son partenaire.

Plusieurs rapports nationaux et européens invitent les autorités françaises à chercher une solution au problème. En 1991 le *Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants*, après avoir « constaté que des relations sexuelles ont lieu et sont tolérées dans les parloirs pour détenus masculins dans des conditions qui n'assurent pas une intimité minimale envers les autres détenus et leurs visiteurs (y compris les enfants) », demandait à l'administration pénitentiaire française de faciliter des visites prolongées afin que les détenus puissent entretenir des relations familiales et affectives (y compris sexuelles) « dans des conditions qui respectent la dignité humaine ».

  deux reprises, la Commission européenne des droits de l'homme a considéré « qu'il est essentiel au respect de la vie familiale que l'administration pénitentiaire aide le détenu à maintenir un contact avec sa famille proche », obligeant la France à aménager des espaces idoines à la vie intime<sup>2</sup>. Dans l'affaire *Kalashnikov c/ Russie*, la CEDH condamne les conditions inhumaines de détention et témoigne sa sympathie en faveur d'une réforme visant à permettre les visites conjugales<sup>3</sup>.

Suite aux recommandations européennes et aux rapports d'experts nationaux, en 2003 la France a finalement mis en place un programme d'unité de visites familiales (UVF) dans trois établissements. Peuvent bénéficier de ce dispositif « seuls

1. S'il existe une certaine tolérance concernant les prisons d'hommes, pour celles de femmes cette perspective est totalement exclue à cause du risque d'une grossesse à l'intérieur de l'établissement.

2. *Ouinas c/ France*, n  12756/88.

3. Req. n  47095/99 du 15 juillet 2002.

174 *Le droit des sexualités*

les membres de la famille ou les personnes ne justifiant pas d'un lien de parenté, mais pour lesquelles un faisceau d'indices sérieux permet d'attester d'un véritable et solide lien affectif avec la personne incarc e dans le cadre d'un projet familial ». La généralisation des UVF devrait permettre de résoudre le problème du maintien des liens familiaux mais en aucun cas, dans l'état actuel du droit, les UVF ne garantiront l'exercice d'une véritable liberté sexuelle. Pour ce faire, il faudrait prendre des mesures plus radicales comme le recours à la prostitution... et donc réglementer cette profession en France.

G - LA SEXUALITÉ DES HANDICAPÉS MENTAUX

Les règles qui gouvernent la sexualité des handicapés mentaux<sup>1</sup> varient selon que les rapports sexuels concernent deux personnes handicapées mentales ou un handicapé et une personne pleinement capable. Dans ce dernier cas de figure, l'acte sexuel est assimilé à un viol. Lorsque l'acte sexuel a lieu entre handicapés mentaux, même s'il n'est pas interdit, il peut être considéré par le juge comme un dommage susceptible de réparation.

Juridiquement, les handicapés mentaux sont des incapables. Un régime de protection est mis en place afin de les représenter et ou de les assister. Il existe différents degrés de déficience mentale selon lesquels on peut soumettre l'incapable à diverses mesures de protection juridique allant de la tutelle à la sauvegarde de justice.

1. Le handicap mental est difficile à définir avec précision. Selon le DSM IV : *Diagnostic and Statistical Manual - Revision n  4* de l'Association américaine de psychiatrie, il comprend certains troubles de la personnalité tels que la personnalité schizoide grave et la personnalité antisociale grave, le retard mental grave et le retard mental profond. Ces handicaps portent des noms divers : trisomie, autisme, polyhandicaps, X-Fragile... La loi du 11 février 2005, dans son article 2 déclare que : « Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d'activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d'une altération substantielle, durable ou définitive d'une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d'un polyhandicap ou trouble de santé invalidant. » Seul le juge peut déclarer une personne majeure incapable et la soumettre au régime de la tutelle.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 175

L'acte sexuel n'étant pas un acte civil, l'handicapé mental ne peut pas être représenté par son tuteur ou curateur, celui-ci serait passible du crime de proxénétisme.

Sauf pour le mariage (nous y reviendrons), la loi ne fixe pas les limites en matière de consentement à l'acte sexuel pour les handicapés mentaux. Il faut donc se tourner vers la jurisprudence pour comprendre le régime juridique applicable dans ces cas.

Le principe est celui selon lequel les handicapés mentaux du premier degré sont présumés ne jamais consentir à des rapports sexuels. Depuis 1961, les juges sont particulièrement stricts en la matière car, même sans violence ou surprise, un rapport sexuel entre une jeune fille de 16 ans « arriérée mentale » et un jeune homme valide est considéré comme un viol<sup>1</sup>. Et, même si le rapport psychiatrique avait montré que « sa débilité mentale n'excluait pas toute conscience de ses actes et toute liberté de consentement », la jeune femme est considérée incapable de consentir à l'acte, faisant donc de son amant un criminel. La Cour européenne des droits de l'homme, dans une décision du 26 mars 1985, conforte cette appréciation dans les termes suivants : «  tant donné qu'en matière sexuelle, le consentement est un élément généralement décisif pour déterminer si un certain comportement relève ou non du domaine pénal, l'impossibilité pour les personnes des catégories précitées (handicapés mentaux) de former ou d'exprimer leur volonté exige de la part des autorités des mesures de protection qui vont au-delà de ce qui est nécessaire pour les sujets en pleine possession de leurs capacités physiques et mentales. »<sup>2</sup> Ainsi, la Cour a condamné les Pays-Bas pour ne pas s'être dotés d'une législation pénale protégeant les personnes handicapées mentales contre les avances sexuelles des bien-portants. Plus tard, dans un arrêt, *M. C. c/ Bulgarie* du 4 décembre 2003, le juge européen introduit une nouvelle obligation positive à la charge des  tats, celle de « pénaliser et de poursuivre de manière effective tout acte sexuel non consensuel, même si la victime n'a pas opposé de résistance physique », cela peut aussi bien concerner les

1. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 6 novembre 1961, *Gaz. Pal.*, 1962, 1<sup>re</sup> Sem. jur., 195.  
2. *X et Y c/ Pays Bas*, 26 mars 1985, Série A, n  91.

enfants que les handicapés mentaux, incapables d'exprimer un refus clair, et sur qui l'on fait peser une présomption de non-consentement aux actes incriminés. De surcroît, soulignons qu'en France, depuis 2007, le Code pénal introduit une circonstance aggravante qui punit le viol à vingt ans de réclusion « lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une d ficiance physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur »<sup>1</sup>.

Concernant les relations sexuelles entre handicapés mentaux, la jurisprudence observe que dans certaines circonstances, un acte sexuel peut donner lieu à l'allocation de dommages et intérêts. Ainsi, dans un arrêt du 24 janvier 1996, la Cour de cassation, a statué que la « perte de sa virginité constitue pour Sandrine une atteinte à son intégrité physique » susceptible de constituer un préjudice<sup>2</sup>. Dans le cas d'espèce, il s'agissait d'une fille (majeure sexuellement mais sous tutelle à cause de son handicap mental) qui avait été déflorée par un autre handicapé mental dans un établissement sanitaire. La Cour a estimé que les représentants légaux de la fille pouvaient agir contre l'établissement en responsabilité, en raison du préjudice moral subi par celle-ci du fait d'avoir été déflorée. Ce qui est surprenant dans cette décision, c'est que la Cour ne sanctionne pas l'absence de consentement car l'acte sexuel, dépourvu de violence ou de surprise, concernait deux handicapés mentaux. Or, ce type de sexualité n'est pourtant pas interdit. Le droit se limite à l'encadrer notamment pour éviter la contagion des maladies sexuellement transmissibles et justement, dans l'affaire que nous venons d'évoquer, il n'y a eu aucune contamination. Le seul préjudice objectif était donc la perte de virginité mais peut-on considérer, dans une société laïque, que la virginité constitue une valeur protégée par le droit ?

Soulignons de surcroît que le règlement intérieur des établissements accueillant des handicapés mentaux ne prévoit rien en matière de sexualité, celle-ci est la plupart du temps

1. Art. 222-24, al. 3 du Code pénal.

2. Cass. 2<sup>e</sup> ch. civ., 24 janvier 1996, n  94-11.028, *Bulletin*, 1996, II, n  16, p. 11.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 177

tout simplement ignorée<sup>1</sup>. Cette situation se trouve pourtant en contradiction avec la loi du 11 février 2005 « pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées » et celle du 5 mars 2007 « portant réforme de la protection juridique des majeurs incapables », lesquelles ont comme but de renforcer le principe d'autonomie personnelle des handicapés. En fonction de ce principe, les autorités sanitaires auraient pu chercher à garantir la sexualité au sein de l'institution. Ce ne fut nullement le cas et souvent la simple prévention est encore considérée comme une incitation au passage à l'acte sexuel avec en filigrane la crainte du risque de grossesse. Le recours à la stérilisation était pendant longtemps un moyen d'évacuer les problèmes liés à la sexualité des handicapés mentaux. Mais, depuis la réforme introduite par la loi du 4 juillet 2001, celle-ci ne peut être pratiquée que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité de les mettre en œuvre efficacement<sup>2</sup>. La question de la liberté sexuelle de cette population demeure toujours problématique.

En ce qui concerne la sexualité des handicapés mentaux au sein du mariage, l'attitude de la jurisprudence est tout autre. En effet, depuis longtemps la Cour de cassation admet la validité du mariage des « fous »<sup>3</sup>. Il suffit que leur volonté soit exprimée pendant un intervalle de lucidité pour que la

1. M. Barillet-Lepley, *Sexualité et handicap : le paradoxe des modèles : d'Alter   Alius, du statut d'adulte au statut d'handicapé*, Paris, L'Harmattan, 2001.

2. Selon l'article L. 2123-2 du Code de la santé publique « la ligature des trompes ou des canaux déférents   visée contraceptive ne peut être pratiquée sur une personne mineure. Elle ne peut être pratiquée sur une personne majeure dont l'altération des facultés mentales constitue un handicap et a justifié son placement sous tutelle ou sous curatelle que lorsqu'il existe une contre-indication médicale absolue aux méthodes de contraception ou une impossibilité avérée de les mettre en œuvre efficacement. L'intervention est subordonnée à une décision du juge des tutelles saisi par la personne concernée, les père et mère ou le représentant légal de la personne concernée. Le juge se prononce après avoir entendu la personne concernée. Si elle est apte à exprimer sa volonté, son consentement doit être systématiquement recherché et pris en compte après que lui a été donnée une information adaptée à son degré de compréhension. Il ne peut être passé outre à son refus ou à la révocation de son consentement. Le juge entend les père et mère de la personne concernée ou son représentant légal ainsi que toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il recueille l'avis d'un comité d'experts composé de personnes qualifiées sur le plan médical et de représentants d'associations de personnes handicapées. Ce comité apprécie la justification médicale de l'intervention, ses risques ainsi que ses conséquences normalement prévisibles sur les plans physique et psychologique ».

3. Cass. ch. réunies, 21 juin 1892, *D.*, 1892.I.369.

178 *Le droit des sexualités*

théorie des nullités du mariage ne s'applique pas. Et, si la loi exige l'autorisation du conseil de famille, il nécessite préalablement le consentement du majeur. Une fois marié, l'handicapé mental doit respecter les obligations qui découlent de son statut civil parmi lesquelles celle d'entretenir des rapports sexuels avec son conjoint (devoir conjugal).

Le mariage jouit donc d'une capacité légitimatrice de la sexualité des « fous ». En dehors de l'institution matrimoniale, le sexe apparaît comme bestial, involontaire et dangereux au point de considérer tout rapport sexuel avec un bienportant comme un viol. Mais, lorsque la sexualité s'exprime à l'intérieur des bornes matrimoniales, elle devient une liberté méritant la plus haute protection du droit. Cela met une fois de plus en évidence la difficulté du droit à s'affranchir d'une certaine idéologie de la sexualité.

Or, la loi doit garantir le droit à la liberté sexuelle de toutes les personnes handicapées mentales, mariées ou célibataires. Pour ces dernières, aucune disposition juridique ne garantit ce droit. Pour ce faire, il faudrait faire appel à des travailleurs du sexe, extérieurs à l'institution. En Suisse, aux Pays-Bas et au Danemark, il existe des services capables d'offrir des massages érotiques, des caresses et d'autres expériences sensuelles et sexuelles permettant ainsi l'épanouissement personnel et relationnel des handicapés mentaux. Cela est aujourd'hui totalement interdit en France.

## SECTION II SEXUALITÉ IMPOSÉE

### A - LE DROIT PÉNAL DE LA SEXUALITÉ

Le nouveau Code pénal met en évidence une pénalisation accrue des conduites humaines et tout particulièrement de la sexualité. Il fait disparaître la terminologie antérieure considérée comme trop connotée moralement. Ainsi, les termes « bonnes mœurs » ou « pudeur » ne trouvent plus de place

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 179

dans la loi pénale<sup>1</sup>. Malgré la nouvelle terminologie, la sexualité continue d'être traitée par un système d'exception surtout après les modifications introduites par la gauche en 1998 et renforcées par plusieurs textes adoptés ensuite par la droite conservatrice. La pénalisation accrue des crimes sexuels met en évidence la conception ontologique d'une activité humaine qui peine à être traitée par les instruments du droit commun. Tout se passe comme si dès lors qu'intervient la sexualité, l'infraction prend une nouvelle dimension méritant un traitement spécifique aussi bien dans sa qualification que dans les peines appliquées.

Les violences sexuelles sont qualifiées par le Code pénal comme « des atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne ». Le principe général établi par l'article 222-22 caractérise l'agression sexuelle par l'emploi de la violence, de la contrainte, de la menace et de la surprise.

Les agressions sexuelles au sens large sont constituées par le viol, les agressions sexuelles *stricto sensu*, l'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel.

### *Le viol*

Les infractions sexuelles regroupent les actes qui portent atteinte ou tentent de porter atteinte à la liberté sexuelle de la victime et les comportements qui peuvent outrager en raison de leur connotation sexuelle. Le viol est défini par l'article 222-23 du Code pénal comme « tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise ». Ses éléments constitutifs sont, d'une part, l'acte de pénétration sexuelle et, d'autre part, l'emploi de la violence, contrainte, menace ou surprise. L'élément moral est la volonté de son auteur d'abuser sexuellement de sa victime, et de lui imposer en toute conscience des relations sexuelles qu'elle refuse.

Dans l'absence d'une définition légale, pendant longtemps le viol était considéré exclusivement comme le fait d'avoir des relations sexuelles avec une femme contre sa volonté.

1. P. Poncela, P. Lascoumes, *Au nom de l'ordre, une histoire politique du Code pénal*, Paris, Hachette, 1989.

180 *Le droit des sexualités*

Dans un premier temps, les pénalistes ont défini l'infraction comme « le coût illicite avec une femme qu'on sait n'y point consentir » ou encore comme « la connaissance charnelle d'une femme sans la participation de sa volonté ». Ces définitions très restrictives, excluait de nombreuses situations en particulier celle dans laquelle l'homme était la victime. En effet, jusqu'en 1980 le viol commis sur un homme était considéré simplement comme un attentat ou un outrage à la pudeur.

Par la suite, avec la loi du 23 décembre 1980, la victime du viol peut être aussi bien une femme qu'un homme, par pénétration vaginale ou anale (avec le pénis, la main ou autre partie du corps), par l'introduction d'objets dans l'anus ou le vagin de la victime ou par l'imposition d'une fellation. La question de la fellation a connu une évolution interprétative. D'abord les juges considéraient que « tout acte de fellation constitue un viol dès lors qu'il est imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, à celui qui le subit ou à celui qui le pratique »<sup>1</sup>. La Cour opère ensuite un revirement de sa jurisprudence. Ainsi dans un arrêt du 21 octobre 1998, elle considère que « l'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuel sur la personne de la victime ». En effet, une femme qui oblige à un homme à la pénétrer ne commet pas un viol. Selon la Cour de cassation : « Alors que l'élément matériel du crime de viol consiste en un acte de pénétration sexuelle perpétré sur la personne d'autrui ; que ne constitue, dès lors, pas un viol, le fait, par une femme, d'abuser de son autorité sur un homme, mineur de 15 ans ou plus, pour lui imposer des rapports sexuels sous la contrainte... »<sup>2</sup> La femme peut, en revanche, être punie par viol dès lors qu'elle pénètre un homme à l'aide d'un objet avec une intention sexuelle<sup>3</sup>.

En plus, la pénétration doit avoir un caractère sexuel pour que la qualification de viol soit retenue. Ainsi, dans un arrêt du 9 décembre 1993, la Cour de cassation a considéré

1. Cass. crim., 16 décembre 1997, n  97-85.455, *Bull. crim.*, 1997, n  429, p. 1425.

2. Cass. crim., 21 octobre 1998, n  98-83.843, *Bulletin criminel*, 1998, n  274, p. 787.

3. Cass. crim., 6 décembre 1995, n  95-84.881 : inédit.

## Prescriptions et proscriptions sexuelles 181

qu'il n'y avait pas eu viol dans une affaire où les agresseurs avaient contraint la victime à se déshabiller, lui avaient lié les mains et les pieds et lui avaient introduit à deux reprises un b ton dans l'anus. La Cour n'a pas retenu la qualification de viol mais la tentative d'extorsion accompagnée de torture et actes de barbarie. Le caractère sexuel de l'acte est donc déterminant pour la qualification de l'infraction. Il s'agit donc d'une pression physique ou psychologique qui vise le consentement de la victime. La violence est un acte physique alors que la menace est une intimidation psychologique.

La victime doit être une personne vivante, il n'y pas de viol sur les morts<sup>1</sup> (mais atteinte à l'intégrité du cadavre punie par l'article 225-17 du Code pénal).

Pendant longtemps la jurisprudence a considéré qu'il n'existait pas de viol entre époux. En effet, l'obligation conjugale était interprétée comme un accord de volontés donné une fois pour toutes après le mariage. L'application de l'infraction au sein du couple est affirmée par la jurisprudence de la Chambre criminelle de la Cour de cassation depuis un arrêt du 5 septembre 1990<sup>2</sup>. Et en 1992, la même Cour pose clairement le principe selon lequel « la présomption de consentement des époux aux actes sexuels accomplis dans l'intimité de la vie conjugale ne vaut que jusqu'à preuve contraire »<sup>3</sup>. La loi du 4 avril 2006 a ajouté un alinéa à l'article 222-22 du Code pénal : le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués « quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage ». Et l'article ajoute, pour plus de clarté, que la présomption de consentement des époux à l'acte sexuel ne vaut que jusqu'à preuve contraire.

La peine est aggravée lorsque le viol entraîne une mutilation ou une infirmité permanente ; lorsqu'il est commis sur un mineur de 15 ans ; lorsqu'il est commis sur une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psy-

1. Une vieille jurisprudence avait déjà consacré l'impossibilité juridique de qualifier la pénétration d'un cadavre de viol : Cass. crim., 30 août 1877, *Bull. crim.*, n  212 ; 10 janvier 1902, *Bull. crim.*, n  19.

2. *Bull. crim.*, n  313, *D.*, 1991.13.

3. Cass. crim., 11 juin 1992, *D.*, 1993.117, note M.-L. Rassat.

182 *Le droit des sexualités*

chique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de l'auteur ; lorsqu'il est commis par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ; lorsqu'il est commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; lorsqu'il est commis par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices ; lorsqu'il est commis avec usage ou menace d'une arme ; lorsque la victime a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications ; lorsqu'il a été commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime ; lorsqu'il est commis en concours avec un ou plusieurs autres viols commis sur d'autres victimes ; lorsqu'il est commis par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité ; lorsqu'il est commis par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants<sup>1</sup>. En cas de mort de la victime, le viol est puni de trente ans de réclusion criminelle<sup>2</sup> et de la réclusion criminelle à perpétuité lorsqu'il est précédé, accompagné ou suivi d'actes de barbarie ou de tortures<sup>3</sup>.

*Les autres agressions sexuelles* (stricto sensu)<sup>4</sup> supposent également l'usage de la violence, menace, contrainte ou surprise mais sans pénétration. Comme pour le viol, l'absence de consentement de la victime est une condition *sine qua non* pour la qualification de l'infraction, contrairement à l'atteinte sexuelle sur mineur où l'infraction existe indépendamment de toute violence, pression ou intimidation.

Constituent une agression sexuelle les actes d'attouchements et les caresses. Il est donc nécessaire qu'il y ait un contact physique entre l'agresseur et la victime, autrement le

1. Art. 222-28 du Code pénal.

2. Art. 222-25 du Code pénal.

3. Art. 222-26 du Code pénal.

4. L'article 222-22 du Code pénal donne la définition générale : « Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, menace ou surprise. Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables. »

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 183

type d'agression sexuelle n'est pas constitué, et dans ce cas elle ne peut être qualifiée que d'exhibition sexuelle. D'après la jurisprudence un acte de fellation sur la victime constitue une agression sexuelle et non pas un viol<sup>1</sup>. Les agressions sexuelles autres que le viol ou les agressions sexuelles *stricto sensu* sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende<sup>2</sup>. La peine est aggravée dans les mêmes conditions prévues par l'article 222-28 du Code pénal et lorsqu'elles sont imposées à un mineur de 15 ans ou à une personne dont la particulière vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une d ficiance physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur<sup>3</sup>.

L'agression sexuelle sur mineur ou sur une personne vulnérable est plus lourdement punie lorsqu'elle a entraîné une blessure ou une lésion ; lorsqu'elle est commise par un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ; lorsqu'elle est commise par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteurs ou de complices ; lorsqu'elle est commise avec usage ou menace d'une arme ; lorsqu'elle a été commise à raison de l'orientation sexuelle de la victime ; lorsqu'elle est commise par une personne agissant en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de produits stupéfiants<sup>4</sup>.

### *L'exhibition sexuelle*

L'exhibition sexuelle (connue autrefois comme outrage public à la pudeur) 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 à d'amende<sup>5</sup>. Cette infraction ne sanctionne pas l'acte sexuel en tant que tel (relations

1. Crim., 22 août 2001, *Bull.*, n  169.
2. Art. 222-27 du Code pénal.
3. Art. 222-29 du Code pénal.
4. Art. 222-30 du Code pénal.
5. Art. 222-32 du Code pénal.

184 *Le droit des sexualités*

sexuelles, masturbation, gestes obscènes, exhibition des parties sexuelles du corps<sup>1</sup>...) mais le fait d'infliger l'exhibition à la vue d'autrui (la seule perception auditive d'actes de nature sexuelle ne peut tomber sous le coup de l'article 222-32 du Code pénal). Si un acte masturbatoire ou des rapports sexuels constituent indubitablement une exhibition sexuelle dès lors qu'ils s'accomplissent en public, l'exhibition de la simple nudité (sans gestes lascifs) semble plus controversée. Tout dépendra des circonstances dans lesquelles la nudité appar it (plage nudiste, piscine publique...).

En tout état de cause, il ne peut pas y avoir d'exhibition sexuelle sans nudité. Ainsi, la Cour de cassation a cassé un arrêt dans une affaire où le prévenu avait été reconnu coupable du délit de l'article 222-32 du Code pénal, pour avoir fait un geste obscène en prenant son sexe entre ses mains à travers son short. La Cour dispose désormais que « le corps ou la partie du corps volontairement exposé à la vue d'autrui soit ou paraisse dénudé »<sup>2</sup>. Toutefois, une vieille jurisprudence reprise jusqu'à nos jours établit que « le spectacle de la nudité du corps humain, fréquent à notre époque, pour des raisons de sport, d'hygiène ou d'esthétique, n'a rien en soi qui puisse outrager une pudeur normale, même délicate, s'il ne s'accompagne pas de l'exhibition des parties sexuelles ou d'attitudes ou gestes lascifs et obscènes »<sup>3</sup>. De même, le naturisme est toléré parce qu'il se pratique dans des lieux prévus à cet effet<sup>4</sup> mais en dehors de ces espaces spécifiques (comme dans la rue ou dans un lieu de culte), il peut être considéré par les juges comme de l'exhibitionnisme sexuel<sup>5</sup>.

1. Voir not., Cass. crim., 3 mars 1898, *Bull. crim.*, n  93 ; Cass. crim., 15 février 1983, *Juris-data*, n  000897, Legifrance.

2. Crim., 4 janvier 2006, n  05-80.960, *Bull. crim.*, n  3 ; *D.*, 2006. IR.392 ; v. commentaire d'Yves Mayaud, « Pas d'exhibition sexuelle sans nudité ! », *Revue de science criminelle*, 2006, p. 320.

3. CA Riom, 16 novembre 1937, *DH*, 1938.109.

4. Trib. corr. Toulon, 4 décembre 1952, *D.*, 1953.31, *JCP*, 1953.II.7451, note Combaldieu, *S.*, 1953.2.101, note Carrias, *Rev. sc. crim.*, 1953.309, obs. L. Hugueney.

5. Il en est ainsi notamment de la condamnation pour complicité d'outrage public à la pudeur d'un individu qui avait aidé une jeune femme à se déshabiller pour exhiber ses seins en bordure d'une route (Cass. crim., 9 mai 1962, *Rec. dr. pén.*, 1966.123) ou de la condamnation d'une femme se promenant nue dans les rues d'une ville, à proximité d'une plage (Trib. corr. Grasse, 29 mai 1965, *JCP*, 1965.II.14323, *Rev. sc. crim.*, 1965.881).

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 185

La loi exige également l'imposition à la vue d'autrui dans un lieu public (rue, parc, plage, aire d'autoroute...) ou simplement accessible aux regards du public (hôtel, restaurant, discothèque...). La jurisprudence considère qu'une fenêtre ouverte, une voiture (sans rideaux) stationnée dans un parking ou la porte ouverte d'une chambre d'hôtel, peuvent devenir des lieux accessibles aux regards du public. Ainsi, a pu être considérée comme exhibitionnisme « l'acte sexuel commis dans une pièce du domicile de la victime, dont la porte d'entrée était rest e ouverte, des familiers de la maison ayant pu être témoins involontaires des faits poursuivis »<sup>1</sup>. La Cour de cassation a également statué que le fait de s'exhiber nu à plusieurs reprises devant ses petits-enfants mineurs rendait le grand-père passible de l'infraction d'exhibition sexuelle<sup>2</sup>.

L'exhibition doit être imposée. Ainsi, a été reconnu coupable d'exhibition sexuelle le prévenu resté pendant plusieurs heures entièrement nu dans sa voiture, stationnée sur la voie publique près de la berge d'une rivière car « il n'est en effet allégué aucun changement de vêtement qui aurait pu justifier temporairement sa nudité »<sup>3</sup>. La victime doit être un témoin involontaire qui n'a pas recherché le spectacle qui s'est offert à elle. Peu importe que le lieu soit public ou privé, il suffit que l'acte soit accessible au regard du public. Ainsi un rapport sexuel dans des toilettes publiques suffisamment fermées ne constitue pas une infraction. En revanche, le même acte devant la fenêtre à l'intérieur d'une maison peut être considérée comme de l'exhibitionnisme. Les personnes qui, dans une salle de spectacle ou ayant été prévenues sont témoins d'activités naturistes, ne peuvent pas être considérées comme victimes d'exhibitionnisme.

Enfin, cette infraction implique un acte et non pas des comportements tels que les paroles, les écrits ou les dessins susceptibles d'autres sanctions (messages pornographiques)<sup>4</sup>.

1. Cass. crim., 11 octobre 1979, *D.*, 1980 . IR . 105.

2. Cass. crim., 12 mai 2004, n  03-84.592, *Bull. crim.*, n  119, *D.*, 2004, somm., p. 2750, obs. G. Roujou de Boubée.

3. CA Grenoble, 27 août 1997, cité par le *Guide du naturisme*, Paris, Petit Fut , 2007, p. 22.

4. Art. 227-24 du Code pénal.

### *Le harcèlement sexuel*

Afin d'apporter une réponse aux problèmes particuliers posés par le harcèlement sexuel, le législateur est intervenu en adoptant deux lois, l'une en date du 22 juillet 1992 et l'autre du 2 novembre 1992. La première institue le délit de harcèlement sexuel dans le Code pénal, la seconde complète ce dispositif par un volet social qui sanctionne les répercussions du harcèlement sexuel sur le plan professionnel tant dans le Code du travail que dans le statut des trois fonctions publiques. Le harcèlement sexuel était, d'une part, une infraction pénale autonome<sup>1</sup> et, d'autre part, l'élément constitutif d'une autre infraction au Code du travail<sup>2</sup>.

En 1998, le législateur introduit une modification dans l'article 222-33 du Code pénal pour y intégrer l'hypothèse du harcèlement par l'exercice de pressions. Dans cette nouvelle rédaction, le délit de harcèlement sexuel était défini comme le « fait de harceler autrui en donnant des ordres, proférant des menaces, imposant des contraintes ou exerçant des pressions graves, dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, par une personne abusant de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ».

Dans sa dernière version, suite à l'adoption de la loi n  2 002-73 du 17 janvier 2002, l'article 222-33 du Code pénal définit l'infraction comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » et le punit d'un an d'emprisonnement et de 15 000 à d'amende. L'agresseur peut agir par des actes, des gestes ou de simples paroles à connotation sexuelle envers une personne non consentante pour son propre profit ou au profit d'un tiers. Dans les deux cas il est passible de la même peine. La disparition de la notion d'abus d'autorité implique que la loi sanctionne aussi bien le harcèlement « vertical » que le harcèlement « horizontal ».

Il existe une discussion doctrinale quant à savoir si un acte isolé peut constituer l'infraction pénale. Nous pensons,

1. Art. 222-33 du Code pénal.
2. Art. L. 123-1, al. 3, et art. L. 152-1-1 du Code du travail.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 187

avec P. Mistretta<sup>1</sup>, que « dans la quasi-totalité des arrêts, le juge pénal prend soin de caractériser l'accumulation ou la répétition des diverses manifestations matérielles du harcèlement avant de condamner le délinquant »<sup>2</sup>. Outre cette tendance très nette, la Cour de cassation semble avoir montré, au moins implicitement, son attachement à la qualification d'infraction d'habitude en cassant un arrêt d'appel à qui il était reproché notamment « de ne pas avoir montré en quoi la victime avait été soumise à des attaques réitérées et incessantes »<sup>3</sup>.

La finalité de l'infraction est celle d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, peut importe que le résultat soit obtenu ou non. La jurisprudence montre que le harceleur est condamné alors même qu'il est établi qu'aucune relation sexuelle n'a été consentie par les différentes victimes<sup>4</sup>. Pour faveur, les juges entendent « tout acte de nature sexuelle, et notamment les simples contacts physiques destinés à assouvir un phantasme d'ordre sexuel, voire à accentuer ou provoquer le désir sexuel »<sup>5</sup>.

Outre la sanction pénale, l'article L. 1153-1 du Code du travail dispose que « les agissements de harcèlement de toute personne dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle à son profit ou au profit d'un tiers sont interdits ». L'article L. 1153-2 complète le dispositif en statuant « qu'aucun salarié, aucun candidat à un recrutement, à un stage ou à une période de formation en entreprise ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire, directe ou indirecte, notamment en matière de rémunération, de for-

1. *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz.

2. V. not. Crim., 13 octobre 2004, n  03-838.018 ; Crim., 2 mars 2005, n  04-84.107 ; Crim., 10 mai 2006, n  05-87.653 (*Dalloz Jurisprudence* en ligne <http://bu.dalloz.fr/>).

3. Crim., 10 novembre 2004, n  03-87.986, *Bull. crim.*, n  280, *Rev. sc. crim.*, 2005.78, obs. Y. Mayaud. Comme le souligne Y. Mayaud commentant l'arrêt, « il en est du harcèlement sexuel comme du harcèlement moral, à savoir que la répétition en caractérise la matérialité, pour ce qu'elle implique de pression sans réponse, et donc de résistance à respecter » (Y. Mayaud, obs. sous Crim., 10 novembre 2004, préc.).

4. V. par exemple, CA Lyon, 26 novembre 1998, *JCP*, 1999.II.10145, note P. Mistretta ; Crim., 2 mars 2005, n  04-84.105 ; Crim., 10 mai 2006, n  05-87.653 (*Dalloz Jurisprudence* en ligne : <http://bu.dalloz.fr/>).

5. CA Paris, 18 janvier 1996, *Gaz. Pal.*, 1996.I.267, note C. Katz.

## 188 *Le droit des sexualités*

mation, de reclassement, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle, de mutation ou de renouvellement de contrat pour avoir subi ou refusé de subir des agissements de harcèlement sexuel ». De même, aucun salarié ne peut être sanctionné, licencié ou faire l'objet d'une mesure discriminatoire pour avoir témoigné des agissements de harcèlement sexuel ou pour les avoir relatés<sup>1</sup>.

Le harcèlement peut émaner aussi bien d'un supérieur hiérarchique que d'un collègue<sup>2</sup> et il suffit simplement d'apporter des indices pour renverser la charge de la preuve (au civil) en obligeant ainsi l'employeur de prouver qu'il avait pris toutes les mesures nécessaires pour garantir un climat professionnel exempt de harcèlement.

Le harcèlement sexuel peut constituer aussi une forme de discrimination. En effet, suite à une procédure d'infraction engagée par la Commission, la France a adopté une loi n  2008-496 du 27 mai 2008 qui a mis en accord le droit français avec le droit communautaire. Désormais, le harcèlement est assimilé à une forme de discrimination et il n'a plus besoin d'être répété pour trouver une sanction civile.

Avant l'adoption de la loi, la Haute Autorité de lutte contre les discriminations avait considéré, au visa des textes communautaires, qu'elle était compétente en matière de harcèlement sexuel dès lors qu'il s'exprime dans un cadre professionnel et constitue une différence de traitement<sup>3</sup>.

### *La diffusion de messages contraires à la décence*

L'article R. 624-2 du Code pénal dispose que le fait de diffuser sur la voie publique ou dans des lieux publics des messages contraires à la décence est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4  classe. La jurisprudence a considéré que la notion de décence devait être appréciée par les

1. Art. L. 1153-3 du Code du travail.

2. La conception travailliste du harcèlement est une figure assez nouvelle qui, au début, était réservée aux agissements des supérieurs hiérarchiques et qui a été élargie par la loi du 17 janvier 2002 aux comportements entre égaux.

3. Délibération n  2005-77 du 28 novembre 2005.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 189

juges du fond au regard des mœurs actuelles<sup>1</sup>. Est puni de la même peine le fait, sans demande préalable du destinataire, d'envoyer ou de distribuer à domicile de tels messages. Le dispositif pénal vise deux actes distincts de diffusion : d'abord le fait de diffuser le message indécent sur la voie publique ou dans un lieu public ensuite le fait d'envoyer ou de distribuer ces messages à domicile sans l'accord du destinataire.

La diffusion sur la voie publique ou dans des lieux publics doit s'entendre dans un sens large. Sont sanctionnés aussi bien l'affichage que la mise à l'étalage, la distribution ou l'exposition à la vue du public par quelque moyen que ce soit. Il faut néanmoins que cette diffusion se soit faite sur la voie publique ou dans un lieu ouvert au public. Il s'agit souvent de panneaux publicitaires de grande dimension apposés sur la façade des salles de cinéma à l'occasion de la projection d'un film.   ce sujet, la Cour de cassation a affirmé que le visa ministériel autorisant la projection d'un film ne constituait ni un fait justificatif, ni une excuse à la contravention estimant que le principe de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce qu'une autorisation administrative remplace le juge répressif du devoir d'appliquer la loi pénale<sup>2</sup>.

L'article R. 624-2 du Code pénal vise également l'expédition de messages contraires à la décence à domicile sans demande préalable. Entrent dans le cadre de cette contravention, par exemple les publicités pour le Minitel rose dans les journaux distribués gratuitement<sup>3</sup>.

Outre une amende, les personnes coupables de ces contraventions encourent une peine complémentaire de confiscation de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou de la chose qui en est le produit. Le fait de faciliter sciemment, par aide ou assistance, la préparation ou la consommation des messages contraires à la décence est puni des mêmes peines. Les personnes morales peuvent également être déclarées responsables pénalement de ce type d'infractions.

1. CA Paris, 20 avril 1990, *Gaz. Pal.*, 1990.1.309 (  propos du caractère indécent d'une affiche).  
2. V. Cass. crim., 1<sup>er</sup> juin 1965, préc. ; Trib. pol. Lyon, 9 décembre 1966, préc. ; Cass. crim., 26 juin 1974, *Bull. crim.*, n  241, *D.*, 1975.81.  
3. Rép. min. Sénat, n  371, *JCP*, 1989.IV.180.

## B - LA PÉDOPHILIE

Inexistant dans la terminologie juridique, le terme pédophile, issu du grec *pais*, enfant, et *phileo*, aimer, désigne l'attirance sexuelle pour les enfants. Selon la classification internationale des maladies de l'OMS, la pédophilie est un trouble psychologique défini comme la « préférence sexuelle pour les enfants, garçons ou filles, généralement d'âge prépubère ou au début de la puberté ». Selon les psychologues, « dans les cas de pédophilie, la satisfaction, le plaisir sont obtenus par l'assujettissement, la domination ou/et la maltraitance de l'enfant. Le pédophile semble fixé à un stade infantile de son développement sexuel, comme s'il n'avait pu accéder à une sexualité génitale adulte ou que celle-ci ne le satisfasse que partiellement »<sup>1</sup>.

Juridiquement ce n'est pas tant le caractère pathologique de l'acte qui compte pour qualifier l'infraction mais plutôt le fait qu'il soit accompli avec une personne incapable de consentir librement<sup>2</sup>.

Depuis l'ordonnance du 2 juillet 1945, la majorité sexuelle est fixée à 15 ans. En dessous de cet âge, un enfant ne peut disposer librement de sa personne, rendant toute relation sexuelle entre un majeur et un mineur contraire à la loi. Les rapports entre mineurs de moins de 15 ans, entre eux, ne sont pas pénalisés.

Le Code pénal ne définit pas la pédophilie. C'est en tant qu'agression sexuelle que ce comportement est sanctionné. Ainsi, le viol et les autres agressions sexuelles sont aggravés dès lors que la victime est un mineur. La loi pénale punit non seulement les actes sexuels non consentants mais aussi les atteintes sexuelles sur mineur : « Le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une

1. C. Sales, « P dophilie, sexualité et société », * tudes*, t. 398, 2003/1.

2. Soulignons toutefois que selon l'article 706-48 du Code de la procédure pénale, les mineurs victimes peuvent faire l'objet d'une expertise médico-psychologique destinée à apprécier la nature et l'importance du préjudice subi et à établir si celui-ci rend nécessaires des traitements ou des soins appropriés. De même les auteurs d'infractions sexuelles doivent suivre un traitement psychologique (le suivi sociojudiciaire).

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 191

atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de 15 ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 à d'amende »<sup>1</sup>. Ces peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 à d'amende, selon l'article 227-26, lorsque les circonstances font apparaître que l'infraction a été commise :

- « 1 / par un ascendant légitime, naturel ou adoptif, ou par toute autre personne ayant autorité sur la victime ;
- « 2 / par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ;
- « 3 / par plusieurs personnes agissant en qualité d'auteur ou de complice ;
- « 4 / et lorsque le mineur a été mis en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunications. »

De même, « le fait de solliciter, d'accepter ou d'obtenir, en échange d'une rémunération ou d'une promesse de rémunération, des relations de nature sexuelle de la part d'un mineur d'entre 15 et 18 ans qui se livre à la prostitution, y compris de façon occasionnelle, est puni de trois ans d'emprisonnement et 45 000 à d'amende »<sup>2</sup>. Notons que dans ces circonstances la majorité sexuelle est fixée non pas à 15 ans mais à 18 ans. La peine est portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 à d'amende lorsque :

- « 1 / l'infraction est commise de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs personnes ;
- « 2 / la personne a été mise en contact avec l'auteur de faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communications ;
- « 3 / les faits sont commis par une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. Enfin, les peines sont portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 à d'amende lorsqu'il s'agit d'un mineur de moins de 15 ans. »

1. Art. 227-25 du Code pénal.  
2. Art. 225-12-1 du Code pénal.

## 192 *Le droit des sexualités*

Pour lutter efficacement contre le tourisme sexuel, le droit dispose que, dans le cas où l'infraction serait commise à l'étranger par un Français ou par une personne résident sur le territoire français<sup>1</sup>, la loi française sera applicable par dérogation aux dispositions du droit commun<sup>2</sup>. Le délit sera donc punissable même s'il ne constitue pas une infraction dans le pays où il a été commis et sans le préalable d'une plainte de la victime ou de ses ayants droit.

Est prohibé non seulement l'acte sexuel mais aussi toute offre ou promesse ou dons ou avantage quelconque afin de faire qu'une personne commette à l'encontre d'un mineur n'importe quelle infraction sexuelle *lato sensu*<sup>3</sup>. Aussi, est sanctionné le fait de favoriser ou tenter de favoriser la corruption d'un mineur<sup>4</sup>. Les différentes formes de corruption sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 à d'amende, peines portées à sept ans d'emprisonnement et 100 000 à d'amende lorsque le mineur est  g  de moins de 15 ans, lorsqu'il a été mis en contact avec l'auteur des faits par un réseau de télécommunications ou que les faits ont été commis à l'intérieur ou aux abords d'un établissement scolaire. La loi du 9 mars 2004 relative à la grande criminalité porte ces peines à dix ans d'emprisonnement et à 1 million d'euros d'amende lorsque les faits sont perpétrés en bande organisée.

La loi incrimine également le fait par un majeur d'organiser des réunions comportant des exhibitions ou des relations sexuelles auxquelles un mineur assiste ou participe<sup>5</sup>.

### *La pédopornographie*

L'exploitation de l'image d'un mineur, lorsqu'elle présente un caractère pornographique, est une infraction qui n'était pas prévue par l'ancien Code pénal. Le législateur a voulu intégrer cette infraction dans le nouveau Code pénal

1. Art. 225-12-3 du Code pénal.
2. Art. 113-6 et 113-8 du Code pénal.
3. Art. 227-28-3 Code pénal.
4. Art. 227-22 du Code pénal.
5. Art. 227-22 du code pénal.

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 193

afin de lutter contre une forme d'organisation nouvelle de la pédophilie liée à l'évolution des techniques de communication. Désormais l'article 227-23 incrimine très largement le fait, en vue de sa diffusion, de fixer, d'enregistrer ou de transmettre l'image ou la représentation d'un mineur lorsque cette image ou cette représentation présente un caractère pornographique. L'alinéa 2 ajoute comme incrimination également le fait de diffuser une image ou représentation, par quelque moyen que ce soit (par exemple photos, revues, cassettes vidéo), de l'importer ou de l'exporter, de la faire importer ou de la faire exporter. Cette infraction est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 à d'amende. La sanction est portée à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 à d'amende lorsqu'il a été utilisé, pour la diffusion de l'image ou de la représentation du mineur, un réseau de télécommunications. Ces peines ont été aggravées par la loi du 9 mars 2004 lorsque les infractions ont été commises en bande organisée<sup>1</sup>. Enfin, la loi du 4 mars 2002 est venue compléter l'article 227-23 pour punir également le seul fait de détenir une telle image ou une telle représentation.

La loi sanctionne non seulement l'utilisation des mineurs à des fins pornographiques mais aussi l'accès des enfants aux images pornographiques d'adultes. Ainsi, l'article 227-24 incrimine le fait de fabriquer, de transporter ou de diffuser, par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support (par exemple paroles, écrits, photos, films, cassettes, télévision, messageries dites « minitels roses »), un message à caractère violent, pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, ou d'en faire le commerce. L'infraction suppose que le message soit susceptible d'être vu ou perçu par un mineur. Elle sanctionne donc non seulement la diffusion faite sciemment, mais aussi l'imprudence ou la négligence qui permet ou pourrait permettre à des mineurs d'avoir accès à des messages réservés à des majeurs. Ainsi, la Cour de cassation confirme une décision de la cour d'appel qui, pour déclarer des prévenus coupables de la diffusion de messages pornographiques susceptibles d'être vus ou

1. Dix ans d'emprisonnement et 500 000 à d'amende.

perçus par un mineur, relève que la revue en cause, publication dont la vente aux mineurs n'est pas interdite, a offert à ses lecteurs l'acquisition de disques compacts (CD-ROM) contenant des images pornographiques, ajoute que, « si ces disques sont cryptés, des enfants peuvent les obtenir, ainsi que la clé permettant de les visionner, simplement en se présentant comme majeurs, sans aucun contrôle, par l'intermédiaire d'un serveur télématique, et retient enfin qu'un tel disque a été remis en supplément à tout acquéreur du numéro de décembre 1997 de la revue et qu'un enfant pouvait voir les images tout aussi facilement »<sup>1</sup>.

Comme pour l'ensemble des agressions sexuelles impliquant des mineurs, les délais de prescription ne commencent à courir qu'à partir de la majorité de la victime.

L'analyse de la loi pénale en matière de pédophilie met en évidence l'incapacité du droit à construire un dispositif autonome en matière de sexualité. En effet, l'enfant est considéré capable à 13 ans pour d'importants actes de la vie civile comme se faire adopter ou changer son nom patronymique. Il est considéré responsable pénalement dès qu'il est doté de discernement<sup>2</sup> et est susceptible, à partir de l'âge de 10 ans, de subir des sanctions éducatives. Dès l'âge de 13 ans, le mineur peut être condamné à diverses peines lourdes (liberté surveillée, placement dans un établissement spécialisé...) mais, en revanche, il est considéré incapable de consentir à tout acte sexuel jusqu'à l'âge de 15 ou 18 ans selon les cas. De même, dans l'état actuel du droit positif, l'accès à une image érotique constitue une infraction sévèrement punie, alors que la guerre, la misère, l'homicide et les tortures sont constamment devant les écrans de télévision et dans les jeux vidéo sans aucune conséquence répressive. L'explication

1. Cass. ch. crim., 23 février 2000, n  99-83.928, *Bull. crim.*, 2000, n  85, p. 247.

2. Art. 122-8 du Code pénal : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de 10 à 18 ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de 13 à 18 ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge. »

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 195

de ce paradoxe est sans doute à chercher dans le caractère sacré que notre système juridique continue à octroyer à la sexualité...

C - LES MUTILATIONS SEXUELLES : L'EXCISION

La mutilation sexuelle peut être définie comme toute altération morphologique ou fonctionnelle affectant des structures corporelles qui participent à l'épanouissement de la sexualité<sup>1</sup>. Parmi ces mutilations, l'excision occupe une place centrale par le nombre de fillettes victimes de cette pratique. Le débat concernant l'excision est au cœur du difficile compromis entre les particularismes culturels et l'universalité des droits de l'homme. Les défenseurs de l'excision voient dans cette coutume un acte symbolique permettant l'identification des fillettes à leur communauté. Selon l'ancien président du Kenya, J. Kenyatta, « les interventions internationales visant à éliminer l'excision ne sont que des agressions néo-impérialistes contre les cultures africaines ». Si dans un premier temps les organisations internationales hésitaient à condamner l'excision, la *Convention relative aux droits de l'enfant de 1989* exige désormais expressément de tous les gouvernements de prendre des « mesures efficaces appropriées en vue d'abolir les pratiques traditionnelles préjudiciables à la santé des enfants » et même la *Charte africaine des droits de l'homme* prévoit que « toute coutume, tradition, pratique culturelle ou religieuse incompatible avec les droits, devoirs et obligations contenus dans la Charte sera nulle ».

Outre la question du relativisme culturel, la difficulté initiale rencontrée en France a été la recherche d'un texte à portée générale pouvant servir comme fondement des poursuites. Le résultat mortel emportera dans les premiers procès la qualification d'homicide involontaire. Le passage d'une qualification délictuelle à une qualification criminelle sera effectué par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de

1. M. Erlich, *Les mutilations sexuelles*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 1991.

196 *Le droit des sexualités*

cassation du 20 août 1983 affirmant « que le clitoris et les lèvres de la vulve sont des organes érectiles féminins ; que leur absence à la suite de violences constitue une mutilation »<sup>1</sup>. Ce principe constituera le fondement des poursuites futures. La loi pénale dispose que « les violences ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punis de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 à d'amende »<sup>2</sup> et lorsqu'elle est commise sur un mineur  g  de moins de 15 ans la peine est portée à quinze ans de réclusion criminelle. Si l'infracteur est un ascendant légitime, naturel ou adoptif ou toute personne ayant autorité sur le mineur, la peine encourue est portée à vingt ans de réclusion criminelle<sup>3</sup>.

Si les juges hésitaient dans un premier temps à appliquer la loi pénale<sup>4</sup>, la répression de l'excision est aujourd'hui clairement consolidée, même si les premières sanctions demeurent timides. En 1990, une exciseuse et les parents de six fillettes excisées seront condamnés respectivement à cinq ans et à trois ans de prison<sup>5</sup>. On constate notamment que souvent la mère revendique la responsabilité de l'excision de ses filles, d douanant le mari en disant qu'il n'était pas informé. Les parents qui font exciser leur fille hors de France dans le but de se soustraire à la loi nationale peuvent être punis en vertu de l'article 113-7 du Code pénal, qui prévoit la sanction des faits délictueux commis à l'étranger sur une personne ayant la nationalité française ou résidant habituellement en France.

Le signalement d'une excision s'avère toutefois difficile, c'est pourquoi le législateur, en modifiant l'article 226-14, prévoit la levée du secret médical en cas de mutilations sexuelles commises sur un mineur.

Pour les juges français, il y a certaines pratiques qui, étant trop éloignées des valeurs communes du pays d'accueil, font par elles-mêmes obstacle à l'intégration des étrangers.

1. Cass. crim., 20 août 1983, *Bull. crim.*, n  229, *D.*, 1984. IR. 45, *Rev. sc. crim.*, 1984. 73, obs. G. Levasseur.

2. Art. 222-9 du Code pénal.

3. Art. 229-9 du Code pénal.

4. Saisi d'une affaire d'excision, le tribunal correctionnel de Paris s'est déclaré incompétent en estimant que les agissements devaient recevoir une qualification criminelle (9 mai 1986, *Le Monde*, 11 mai).

5. Cass. ch. crim., 9 mai 1990, *Dr. pén.*, novembre 1990, n  291, non publié au *Bulletin*.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 197

Le Conseil d'état a ainsi estimé que « l'excision, pratique justiciable de sanctions pénales, est un motif susceptible de fonder une décision de déchéance de sa nationalité française prise à l'encontre d'un étranger naturalisé »<sup>1</sup>.

La jurisprudence a également condamné l'excision sur le terrain de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme. En effet, le juge administratif a considéré que l'excision est un traitement inhumain et dégradant et qu'à ce titre elle interdit que soit exécutée une mesure d'éloignement vers un pays où les fillettes, dont la mère est en instance d'éloignement for , risquaient d'en être les victimes<sup>2</sup>. De même, le droit d'asile peut être octroyé pour motif d'excision aux familles de fillettes originaires des pays dans lesquels cette pratique est courante.

Plus que la mutilation en tant que telle (après tout, la circoncision, les piercing et certains tatouages peuvent également être considérés comme une forme de mutilation), ce qui nous semble constituer le fondement de l'interdiction est à la fois l'absence de consentement des personnes qui subissent l'excision et l' dologie sexiste que cette pratique véhicule. La pratique de l'excision s'appuie sur la croyance que la femme est naturellement soumise à des pulsions sexuelles incontrôlables qu'il convient de dompter. L'ablation du clitoris (considéré comme un petit pénis) répond à une vision rigide des genres selon laquelle il est nécessaire d'enlever toute trace de masculinité chez la femme afin de lui assigner une place (toujours subordonnée à celle des hommes) dans le groupe. Toutefois, si une femme majeure souhaite se soumettre à une excision et le fait en respectant les normes d'hygiène nécessaires, elle devrait pouvoir le faire en toute tranquillité. Mais, dans l'état actuel de notre droit positif, le médecin qui pratiquerait ce type d'intervention pourrait être poursuivi pénalement sous le chef d'inculpation de mutilation volontaire, coups et blessures ou violences car, en matière pénale, le consentement de la « victime » n'efface pas l'infraction.

1. CE, 22 février 2008, n  303709.

2. TA Lyon, 6  ch., 12 juin 1996 ; F. Vasseur, « Une étrangère ne peut être renvoyée dans son pays d'origine où ses filles risqueraient d'être excisées », *Recueil Dalloz*, 1998, p. 304.

#### D - LE PROXÉNÉTISME

Si la prostitution n'est pas punie par la loi en tant que telle, le proxénétisme se trouve sévèrement sanctionné. Cependant, nous chercherons en vain une définition légale du proxénétisme. Le Code pénal se limite à énumérer un certain nombre d'infractions intentionnelles liées à l'activité prostitutionnelle, le point commun à toutes ces activités étant l'exploitation de la prostitution d'autrui. D'une manière générale, le proxénète peut être défini comme toute personne qui « favorise la prostitution ou profite de celle-ci »<sup>1</sup>. Si le proxénétisme recouvre une grande diversité d'activités, il faut toutefois écarter les comportements du client qui, tout en bénéficiant de la prostitution d'autrui, ne tire, par définition, aucun profit économique.

En droit français existent deux formes de proxénétisme, le proxénétisme simple<sup>2</sup> et le proxénétisme par assimilation<sup>3</sup>. L'internationalisation de la prostitution a d'ailleurs trouvé une réponse législative en 2003 par l'introduction d'une nouvelle section dans le Code pénal intitulé *De la traite des êtres humains*, définie comme « le fait, en échange d'une rémunération ou de tout autre avantage ou d'une promesse de rémunération ou d'avantage, de recruter une personne, de la transporter, de la transférer, de l'héberger ou de l'accueillir, pour la mettre à sa disposition ou à la disposition d'un tiers, même non identifié, afin soit de permettre la commission contre cette personne des infractions de proxénétisme, d'agression ou d'atteintes sexuelles, d'exploitation de la mendicité, de conditions de travail ou d'hébergement contraires à sa dignité, soit de contraindre cette personne à commettre tout crime ou délit »<sup>4</sup>. Outre cette infraction générale, punie de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 à d'amende, la loi sanctionne de manière aggravée le proxénétisme lorsqu'il est

1. M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 2004, p. 575.

2. Art. 225-5 et 225-10 du Code pénal.

3. Art. 225-6 du Code pénal.

4. Art. 225-4-1 du Code pénal.

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 199

commis à l'égard d'un mineur entre 15 et 18 ans<sup>1</sup>. Aussi à l'égard d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une défiance physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur ou lorsque l'infraction est commise de façon habituelle ou à l'égard de plusieurs personnes ; quand la personne a été mise en contact avec l'auteur des faits grâce à l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de communication ; lorsque les faits sont commis par un ascendant ou une personne qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions ; quand il s'agit d'une personne appelée à participer, de par ses fonctions, à la lutte contre la prostitution, à la protection de la santé ou au maintien de l'ordre public ; quand il est commis par une personne porteuse d'une arme ; lorsque l'auteur des faits a délibérément ou par imprudence mis la vie de la personne en danger ou a commis contre elle des violences. Est également aggravé le proxénétisme commis en bande organisée<sup>2</sup> et enfin celui commis en recourant à des tortures ou des actes de barbarie<sup>3</sup>. Dans ce deux derniers cas ainsi que lorsque la victime est un mineur de moins de 15 ans<sup>4</sup>, le proxénétisme cesse d'être un délit pour devenir un crime puni de la réclusion criminelle.

Le proxénétisme simple est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit :

1 / D'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui. Ainsi, « le fait de faire paraître des annonces afin de recruter des hôtesses pour travailler dans un établissement qui a pour une activité officielle de cabaret, et dissimule en fait des pratiques sexuelles rémunérées, de recruter des hôtesses par voie d'annonces et à l'occasion de voyages d'affaires en Russie, constitue un cas de proxénétisme au sens de l'article 225-5, al. 3 du Code pénal »<sup>5</sup>. De même, « la femme qui

1. Si la personne qui se prostitue a entre 15 et 18 ans, le proxénète encourt une répression correctionnelle aggravée et risque dix ans d'emprisonnement et 1 500 000 à d'amende (225-7, al. 1<sup>er</sup>).

2. Art. 225-8 du Code pénal.

3. Art. 225-9 du Code pénal.

4. Art. 225-7-1 du Code pénal.

5. CA Montpellier, 17 novembre 2004, *Juris-Data*, n  2004-277417.

200 *Le droit des sexualités*

accueil en France des jeunes filles étrangères, leur indique le lieu de prostitution et les tarifs à pratiquer est coupable de proxénétisme par incitation »<sup>1</sup>. La jurisprudence met en évidence l'ampleur de la qualification pénale. Ainsi, il y a aide ou assistance à la prostitution d'autrui, lorsqu'on prête, même gratuitement, à une prostituée une fourgonnette pour « poursuivre ses activités galantes »<sup>2</sup> ou lorsqu'on fait le ménage dans un hôtel de passe<sup>3</sup>. De même, la diffusion des messages sur l'Internet en vue d'attirer des clients potentiels au bénéfice d'un individu se livrant à la prostitution est constitutive du délit de proxénétisme par aide ou assistance<sup>4</sup>.

2 / De tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution (par exemple lorsque la prostituée paie les dépenses du proxénète).

3 / D'embaucher, d'entraîner ou de détourner une personne en vue de la prostitution ou d'exercer sur elle une pression pour qu'elle se prostitue ou continue à le faire. Comme le note M. Véron, l'incrimination de cet alinéa est très large « puisque la loi n'exige ni l'habitude, ni que le proxénète en tire profit, ni même que la personne se soit en définitive prostituée »<sup>5</sup>. Elle vise le fait d'embaucher à des emplois qui, dans certains établissements, conduiront rapidement à la prostitution tel le fait de mettre en relation une femme avec une autre prostituée ou avec la tenanciere d'une maison de prostitution<sup>6</sup>.

Est également considéré proxénétisme simple (même si les peines sont plus lourdes)<sup>7</sup>, le proxénétisme « hôtelier » ou par fourniture de locaux de l'article 225-10 regroupant différents actes de soutien de la prostitution d'autrui par la mise à dis-

1. CA Toulouse, 25 avril 2002, *Juris-Data*, n  2002-175137.

2. Cass. crim., 12 octobre 1994, *Dr. pén.*, 1995, n  38.

3. Cass. crim., 27 novembre 1984, *D.*, 1985.241, note D. Mayer, *Rev. sc. crim.*, 1985.815, obs. G. Levasseur.

4. TGI Nanterre, 18 mai 2000, comm.  lectr. 2000, comm. n  117, note J.-C. Galloux.

5. *Droit pénal spécial*, Paris, Armand Colin, 2002, p. 121.

6. *Crim.*, 5 mars 1953, *Bull.*, n  80.

7. Le proxénétisme de l'article 225-5 est puni de sept ans d'emprisonnement et de 150 000 à d'amende alors que le proxénétisme par fourniture de locaux de l'article 225-10 est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750 000 à d'amende.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 201

position (par quiconque, agissant directement ou par personne interposée) d'espaces où celle-ci peut s'exercer. Le texte réprime trois activités distinctes :

- a) Détenir, gérer, exploiter, diriger, faire fonctionner, financer ou contribuer à financer un établissement de prostitution (il s'agit de l'exploitation d'une maison close)<sup>1</sup>. La loi sanctionne non seulement l'investisseur mais toute personne qui finance totalement ou en partie un établissement dans lequel s'exerce la prostitution. Ainsi, a été condamné un agent d'assurance, pour avoir prêté une importante somme d'argent destinée à acheter un bar sachant qu'il s'agissait d'un établissement de prostitution<sup>2</sup>.
- b) Détenir, gérer, exploiter, diriger, faire fonctionner, financer ou contribuer à financer un établissement quelconque ouvert au public ou utilisé par le public, d'accepter ou de tolérer habituellement qu'une ou plusieurs personnes se livrent à la prostitution à l'intérieur de l'établissement ou de ses annexes ou y recherchent des clients en vue de la prostitution (bar, club, hôtel...).
- c) De vendre ou de tenir à la disposition d'une ou de plusieurs personnes des locaux ou emplacements non utilisés par le public, en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution ; (ou de ses annexes dans lesquels on recherche des clients en vue de la prostitution) dans un lieu privé (appartement, place de parking...) ainsi que le fait « de vendre, de louer ou de tenir à la disposition, de quelque manière que ce soit, d'une ou plusieurs personnes, des véhicules de toute nature en sachant qu'elles s'y livreront à la prostitution ». Selon les juges, doit être toutefois relaxé du chef de proxénétisme par aide, assistance ou protection de la prostitution d'autrui, le prévenu h ber-

1. Selon la jurisprudence, exploiter est le fait « d'avoir un intérêt ou de jouer un rôle dans la gestion du fonds » (Trib. corr. Riom, 15 mars 1957, *JCP*, 1957. II. 1007, note Gabol ).  chappent à la répression prévue à l'article 225-10, 1 , les établissements dans lesquels seul le propriétaire se prostitue (Cass. crim., 17 janvier 1963, *D.*, 1963. 148).

2. Cass. crim., 30 octobre 1990, n  88-87.623, *Bull. crim.*, 1990, n  365, p. 919.

## 202 *Le droit des sexualités*

geant de façon occasionnelle, une personne se livrant à la prostitution, dès lors qu'il n'est pas démontré qu'il l'ait aid e, ni qu'il en ait tiré un profit<sup>1</sup>.

Le proxénétisme par assimilation est puni de la même manière que le proxénétisme simple (non hôtelier). Ainsi, toute personne qui joue un rôle d'intermédiaire entre une personne prostituée et une autre qui exploite la prostitution d'autrui est traitée par le droit comme un proxénète. En effet, le Code pénal punit des peines prévues pour sanctionner le proxénétisme quiconque et de quelque manière que ce soit :

- 1 / De faire office d'intermédiaire entre deux personnes dont l'une se livre à la prostitution et l'autre exploite ou rémunère la prostitution d'autrui. La Cour de cassation a condamné le directeur d'une revue pour avoir publié des petites annonces suggestives dans la rubrique « relaxation » : « En publiant de telles annonces D... a sciemment servi d'intermédiaire entre des personnes se livrant à la prostitution et leurs clients, en leur permettant d'entrer en relation au moyen de numéros de téléphone ou d'adresses dont il assurait la diffusion. »<sup>2</sup>
- 2 / De faciliter à un proxénète la justification de ressources fictives (faux bulletins de salaires, faux contrats, factures fictives...).
- 3 / De ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution. A ainsi été condamné pour proxénétisme le concubin d'une prostituée qui acceptait consciemment l'usage d'une voiture achetée par sa compagne<sup>3</sup>.
- 4 / D'entraver l'action de prévention, de contrôle, d'assistance ou de r education entreprise par les organismes qualifiés à l'égard de personnes en danger de prostitution ou

1. CA Pau, 23 octobre 2001, *Juris-Data*, n  2001-177699.

2. Cass. crim., 9 octobre 1996, n  95-81.232, *Bull. crim.*, 1996, n  355, p. 1048.

3. Cass. crim., 18 octobre 1995, *Gaz. Pal.*, chron. crim., p. 37, n  88, 28 mars 1996, p. 37.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 203

se livrant à la prostitution. Par ce dispositif, « le législateur veut lutter contre les souteneurs qui tenteraient par tous moyens de remettre la main sur leurs anciennes victimes, alors que les services sociaux ont réussis à les arracher à la prostitution »<sup>1</sup>.

La loi de sécurité intérieure du 18 mars 2003 a introduit la possibilité pour les personnes victimes de la traite des êtres humains qui témoignent ou déposent plainte contre leur trafiquant ou leur proxénète de bénéficier d'un titre de séjour. Depuis l'adoption de la loi du 24 juillet 2006, ce titre de séjour est constitué par une carte temporaire de six mois assortie d'une autorisation de travail. L' tat donne également un certain nombre de facilités sous la forme d'allocations pour la réinsertion des victimes ainsi que le retour au pays d'origine si l'étranger le souhaite.

L'étendue des comportements considérés par la loi et la jurisprudence comme des formes indirectes de proxénétisme conduit à sanctionner la prostitution elle-même, considérée pourtant comme une activité licite. Le nombre de personnes qui peuvent se voir traitées comme des proxénètes potentiels fait que l'activité prostitutionnelle devient elle-même pénalisée. De surcroît, cette situation rend l'isolement des personnes prostituées encore plus grand.

Dans un système qui traiterait la prostitution libre comme une simple activité professionnelle, la figure du proxénète resterait limitée aux situations d'exploitation. En revanche, le commerçant qui, dans un établissement spécialisé et respectant les règles de travail et de santé, recruterait des personnes en tant que salariées pour effectuer des services sexuels devrait pouvoir jouir des mêmes droits que n'importe quel autre entrepreneur. La difficulté à penser objectivement à un tel régime juridique est étroitement liée à la place que nous octroyons au sexe.

Ainsi, s'il n'est pas gratuit, fondé sur l'amour et de nature monogamique, nos sociétés continuent à le considérer comme un comportement contraire à la décence et au droit.

1. R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel. Droit pénal spécial*, Paris,  d. Cujas, p. 1549.

E - LA TRANSMISSION VOLONTAIRE DU VIH

Pour bien comprendre les implications juridiques de la question, il faut faire la distinction entre la transmission involontaire du VIH de celle souhaitée par les partenaires, pratique connue sous la dénomination anglo-saxonne de *barebacking*<sup>1</sup>.

Depuis longtemps la jurisprudence considère que la contamination accidentelle du VIH constitue un préjudice susceptible de dédommagement. Ainsi, la cour d'appel de Paris a stat e que « le préjudice spécifique de contamination par le virus du sida à la suite d'une transfusion sanguine est un préjudice de caractère personnel, non économique, qui comprend l'ensemble des troubles dans les conditions d'existence entraînés d'abord par la séropositivité, puis par la survenance du sida déclaré »<sup>2</sup>. De même, la Cour de cassation a confirmé une décision de la cour d'appel de Versailles laquelle avait pu « déduire l'existence d'un lien de causalité certain entre les fautes commises par un médecin et le syndicat des copropriétaires de son immeuble et la contamination par le virus VIH subie par un employé du service de ramassage des ordures ménagères qui s'est piqué avec une aiguille de seringue déposée dans un sac poubelle qu'il manipulait »<sup>3</sup>.

Dans un premier temps les juges se montraient réticents à qualifier la contamination par le VIH comme une infraction criminelle. En effet, dans la théorie pénale classique pour que l'infraction soit constituée il faut qu'il y ait un préjudice de la victime (matériel, moral...), une faute imputable à celui tenu pour responsable (volonté de nuire) et un lien de causalité entre la faute et le dommage. Or, ces trois éléments n'étaient

1. Le *barebacking* (littéralement « monter à cru ») consiste en la pratique sexuelle entre hommes sans protection. Le phénomène a été médiatisé aux  tats-Unis par l'écrivain et acteur pornographique Scott O'Hara. En tant que « mouvement culturel et identitaire », le *barebacking* se veut d'être perçu comme une contestation envers le système qui imposerait le « sexe sans risques ». Les adeptes de ce type de pratiques se conçoivent comme des résistants aux diverses stratégies d'interventions préventives des pouvoirs publics en matière de lutte contre le sida.

2. CA Paris, 1<sup>re</sup> ch., 26 janvier 1994, *Dalloz*, 1994, p. 75.

3. Cass. 2<sup>e</sup> civ., 2 juin 2005, *Bulletin*, 2005, II, n  146, p. 131.

## Prescriptions et proscriptions sexuelles 205

pas réunis dans les affaires qui arrivaient devant la justice pénale. Ainsi, dans un arrêt de 1998, la Cour de cassation a refusé de qualifier d'empoisonnement la contamination d'un individu à sa compagne se sachant séropositif car, d'une part, il n'existait pas une intention de tuer et, d'autre part, les sécrétions sexuelles contaminantes ne constituent pas une substance de nature à entraîner nécessairement la mort<sup>1</sup>.

Dans le cas de rapports sexuels non protégés, non seulement le lien de causalité en matière de contamination reste hypothétique (un ou plusieurs rapports non protégés ne sont pas forcément contaminants) mais de surcroît le risque de mort ne peut pas être réputé immédiat.

La figure de l'empoisonnement étant  cart e par les juges, et devant l'absence en droit français du « délit de contamination vénérienne »<sup>2</sup>, les victimes se sont tournées vers d'autres figures pénales susceptibles de faire prospérer l'action en justice. L'article 222-15 du Code pénal relatif à l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui » est devenu la base légale permettant la pénalisation des rapports contaminants. En effet, suite à un arrêt de la cour d'appel de Colmar<sup>3</sup>, la chambre criminelle de la Cour de cassation, dans une décision du 10 janvier 2006, a eu à se prononcer, pour la première fois, sur l'application de l'article 222-15 (administration de substances nuisibles) et 222-9 (violences)   la transmission, par voie sexuelle, du VIH. La Cour a confirmé la décision de Colmar en retenant le délit d'administration de substances nuisibles aggravé par l'infirmité permanente des victimes et a déclaré coupable un homme séropositif qui a eu des rapports sexuels non protégés avec plusieurs jeunes femmes auxquelles il dissimulait volontairement son état de santé, désormais

1. Crim., 2 juillet 1998, *Bull. crim.*, n  211, *D.*, 1998, J. 457, note J. Pradel.

2. Comme par exemple en Ukraine, en Suède, en Slovaquie, en Arménie, aux Pays-Bas, en Islande, en Norvège, et en Russie où la simple exposition au risque est passible de poursuites.

3. Colmar, 4 janvier 2005, *RDSS*, 2005.415, obs. P. Mistretta. L'arrêt retint que, sachant depuis 1998 qu'il était porteur du VIH, le prévenu avait multiplié les relations sexuelles non protégées avec plusieurs jeunes femmes, auxquelles il dissimulait volontairement son état de santé, et avait ainsi contaminé par la voie sexuelle les deux plaignantes, désormais porteuses d'une affection virale constituant une infirmité permanente.

porteuses d'une « affection virale » constituant une infirmité permanente. Le comportement dolosif de l'infracteur justifie pleinement l'intervention pénale. Comme le note le Conseil national du sida (CNS) : « La condamnation pénale traduit la réprobation de la société à l'égard d'un comportement, telle la tromperie qui a trouvé dans le cadre du procès une sanction légitime. »<sup>1</sup> Plus contestable semble la décision de la Cour d'assises du Loiret du 3 décembre 2008 condamnant à cinq ans de prison avec sursis une femme de 39 ans pour avoir contaminé son mari du virus du sida alors qu'il semblerait qu'elle avait informé son compagnon de sa séropositivité ou en tout cas qu'elle ne lui a pas menti.

S'agissant d'une exposition volontaire au VIH, la situation ne peut pas être analys e sous le même angle ni traitée juridiquement de la même manière. Tout d'abord, rappelons que chacun devrait se comporter comme si son partenaire était infecté (théorie allemande de l'auto-exposition consciente selon laquelle le dommage provoqué à autrui disparaît dans l'acte de contamination sexuelle pour devenir un dommage causé à soi-même<sup>2</sup>). Comme le rappelle le CNS : « Si une personne vivant avec le VIH a la responsabilité de ne pas transmettre le virus, la personne non contaminée a la responsabilité, à l'occasion d'une nouvelle relation, de se protéger du VIH et des autres infections sexuellement transmissibles. Par conséquent, cette responsabilité ne saurait être unilatérale. »<sup>3</sup>

Ce principe de responsabilité partagée ne pouvait pas s'appliquer dans l'affaire de Colmar que nous avons évoquée *ut supra* puisque le coupable s'est comporté de manière dolosive. En revanche, dans la pratique du *barebacking* non seulement le dol est absent mais la mise en danger est politiquement revendiquée par ses adeptes. Nous pouvons considérer cette pratique immorale mais elle ne peut en aucun cas être comparée à la contamination comme conséquence d'une tromperie.

1. Avis sur la pénalisation de la transmission sexuelle du VIH, 27 avril 2007.

2. La théorie « Bewusste eigenverantwortliche Selbstf hrdung » empêche à une « victime » de l'infection d'invoquer une tromperie de la part du partenaire car l'absence de protection implique une exposition volontaire à la contamination.

3. Avis cité *ut supra*.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 207

L'acceptation d'une qualification pénale pour les contaminations volontaires mettrait en question la gestion libérale du VIH. Celle-ci se fonde sur une sorte de présomption de séropositivité selon laquelle tout le monde doit se protéger sous peine de s'exposer volontairement à une contamination. Comme le note Frédéric Ocqueteau : « Il n'y a pas d'autre moyen à l'heure actuelle que de tirer toutes les conséquences du fait que chaque personne s'expose aujourd'hui consciemment à un risque de contamination, lorsque, de son plein gré, elle a une relation sexuelle sans prendre de précautions. » En ce sens, « au lieu de rappeler sans cesse que le sida est "transmis" par un(e) "délinquant(e)"   une "victime", il serait plus sage de dire qu'un homme ou une femme "contracte" le sida en agissant ou en n'agissant pas de telle ou telle manière. (...) Ainsi, nul ne devrait pouvoir s'en remettre aux assurances d'une autre personne qui affirmerait n'être pas contaminée, car même la "bonne foi" ne peut être tenue pour gage de vérité médicale »<sup>1</sup>.

Bien qu'aucune affaire de ce genre ne soit encore arrivée aux tribunaux, plusieurs auteurs considèrent « qu'il n'y a aucune raison, ni de droit ni de fait, pour que l'auteur d'une contamination consciente et volontaire par voie sexuelle échappe à sa responsabilité pénale »<sup>2</sup>.

Ce choix répressif de la gestion du sida produit un changement radical dans le traitement politique et juridique de l'épidémie. En effet, le CNS s'est toujours prononcé contre la pénalisation de la transmission sexuelle du VIH<sup>3</sup>. L'abandon du principe de responsabilisation partagée et la création du statut de victime pour celui qui s'est consciemment et volontairement exposé au risque de contamination peuvent provoquer la stigmatisation des personnes séropositives, considérées comme potentiellement dange-

1. F. Ocqueteau, « La répression pénale dans la lutte contre le sida, solution ou alibi ? », in E. Heilmann, *Sida et libertés. La régulation d'une épidémie dans un état de droit*, Paris, Actes Sud, 1991 (actes du colloque organisé par D. Borrillo, Strasbourg 1990).

2. A. Prothais, « Le sida par complaisance rattrapé par le droit pénal », *Dalloz*, 2006, p. 1068.

3. CNS, avis du 25 juin 1991 et du 27 avril 2006.

## 208 *Le droit des sexualités*

reuses<sup>1</sup>. De même, cette situation crée un climat de suspicion généralisé qui inciterait les personnes à ne pas se faire dépister car l'ignorance de l'état sérologique permettrait d'échapper aux poursuites pénales. Enfin, l'efficacité de la criminalisation n'a pas été prouvée, au contraire, la pénalisation marginalise les personnes les plus fragilisées et de surcroît déresponsabilise la population en général.

### F - LA NÉCROPHILIE

Le terme « nécrophilie » du grec *nekros* (mort) et *philia* (amour) désigne l'attirance sexuelle pour les cadavres ou les personnes comateuses. De la littérature infantile comme *La Belle au bois dormant* aux faits divers des tueurs en série déclarant avoir une excitation sexuelle lors de la mort de ses victimes, la nécrophilie est un phénomène complexe qui n'est saisi par le droit qu'indirectement. Après la mort, l'individu cesse d'être considéré par le droit comme une personne. Le cadavre est toutefois juridiquement protégé en tant que dépositaire de la dignité de la mémoire d'un être humain. L'article 16-1-1 dispose : « Le respect d  au corps humain ne cesse pas avec la mort. Les restes des personnes décédées, y compris les cendres de celles dont le corps a donné lieu à crémation, doivent être traités avec respect, dignité et décence. » C'est pourquoi le droit français punit l'atteinte à l'intégrité du cadavre et non pas la nécrophilie en tant que telle<sup>2</sup>. Le cadavre n'est pas protégé par le droit pénal des personnes mais par le droit pénal des sépultures. En effet, la violation ou la profanation, par quelque moyen que ce soit, de

1. Trente-deux  tats américains comportent des lois spécifiques pouvant condamner les personnes séropositives pour transmission volontaire. La réclusion à perpétuité est prévue au Missouri et au Texas la peine peut porter jusqu'à trente-cinq ans de réclusion criminelle.

2. L'article 225-17 du Code pénal dispose : « Toute atteinte à l'intégrité du cadavre, par quelque moyen que ce soit, est punie d'un an d'emprisonnement et de 15 000 à d'amende.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 209

tombeaux, de sépultures ou de monuments édifiés à la mémoire des morts est sanctionné d'un an d'emprisonnement et de 15 000 à d'amende. La peine est portée à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 à d'amende « lorsque les infractions définies à l'alinéa pr c dent ont été accompagnées d'atteinte à l'intégrité du cadavre ». Ainsi, le tribunal de grande instance d'Arras a condamné un individu qui a pénétré dans un sarcophage, a ouvert le cercueil et après avoir arraché les vêtements de la défunte et écarté ses jambes, il a photographié son sexe pour publier la macabre photographie dans une revue pornographique<sup>1</sup>.

S'il est clair que l'expression « par quelque moyen que ce soit » de l'article 225-17 du Code pénal permet de sanctionner les pratiques n crophiles non consentantes, la question devient plus complexe lorsque le défunt a donné, avant sa mort, son consentement à des rapports sexuels. Si, à notre connaissance, un tel type d'affaire n'est pas encore arrivé devant les tribunaux, il est fort probable que la personne autorisée par le défunt à entretenir des rapports sexuels avec son cadavre soit condamnée. Le droit des successions limite la volonté du défunt aux bonnes m eurs. Cette notion, très proche des considérations religieuses et de la morale traditionnelle, sera sans doute mobilisée pour s'opposer à la dernière volonté du défunt. Cependant, une approche neutre et consensualiste de la sexualité devrait considérer la nécrophilie comme un comportement dépourvu de conséquences pénales lorsqu'il est le fruit d'un projet commun entre la personne décédée et le proche survivant.

De même que la loi considère qu'il n'y a pas atteinte à l'intégrité du cadavre lorsque l'on procède à une crémation ou l'on fait des prélèvements *post mortem*   des fins de dons d'organes avec le consentement du défunt, la nécrophilie devrait être exempte de sanctions lorsqu'elle a lieu dans des circonstances semblables.

1. TGI Arras, 27 octobre 1998, *D.*, 1999.511, note Labb e.

### SECTION III DROIT INTERNATIONAL DE LA SEXUALITÉ

#### A - LES DROITS SEXUELS ET REPRODUCTIFS

Les droits sexuels et reproductifs sont ancrés dans chacun des principaux récents traités sur les droits de l'homme. Il s'agit d'une matière juridique en construction qui, au niveau international, tend à réguler l'activité sexuelle afin de garantir à la fois un développement harmonieux des populations et un certain nombre des droits fondamentaux liés à la sexualité.   la lecture des conventions internationales, les droits sexuels et reproductifs peuvent être regroupés en cinq catégories :

- a) le droit à la vie, en particulier celle des femmes à ne pas mourir en raison d'une grossesse non contrôlée ou d'un accouchement effectué dans des mauvaises conditions sanitaires ;
- b) le droit à la liberté sexuelle, entendu comme droit à entretenir ou à ne pas entretenir des rapports sexuels y compris au sein du mariage ;
- c) le droit à l'égalité des sexes et à la non-discrimination basée sur la grossesse ou la maternité ;
- d) le droit au respect de la vie privée et à l'intimité en particulier dans le cadre des services médicaux (secret professionnel) et enfin,
- e) le droit à l'information et à l'éducation sexuelle afin d'assurer à tous les individus les outils pour assumer avec responsabilité les conséquences de leur vie sexuelle.

Les droits sexuels et reproductifs bien qu'ayant une portée universelle ont historiquement visé les femmes en tant que population sexuellement plus démunie<sup>1</sup>. En assurant aux

1. Voir en ce sens, Rosalind P. Petchesky, « Droits du corps et perversions de la guerre : droits et violences sexuels dix ans après Beijing », *Revue internationale des sciences sociales*, n  184, 2005/2, p. 329-348.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 211

femmes la maîtrise de leur sexualité, les droits sexuels et reproductifs visent à réguler également le problème de la surpopulation. En 1950 nous étions 2,5 milliards d'individus sur la planète. Actuellement, la population mondiale s'élève à 6,7 milliards. En quarante ans, elle aura augmenté de 2,5 milliards pour atteindre, selon les hypothèses moyennes de l'ONU, 9,2 milliards en 2050 et elle se stabilisera peu à peu autour de 11 milliards dans un siècle et demi. Comme le souligne R. Cassen : « Après des décennies de controverses concernant les politiques de population, il y a un nouveau consensus international au sein, et parmi, les pays développés et ceux en développement, selon lequel les individus, les pays et le monde en général seraient dans une situation plus favorable si la croissance de la population était plus faible. »<sup>1</sup> Ainsi, une reconnaissance explicite par la communauté internationale réaffirmant les droits des femmes en matière sexuelle a été consacrée par bon nombre de déclarations et d'autres instruments juridiques. Depuis la Première Conférence internationale des droits de l'homme des Nations Unies   Téhéran en 1968 statuant que « les parents ont le droit fondamental de déterminer librement et consciemment la dimension de leur famille et l'échelonnement des naissances », un certain nombre d'instruments internationaux de protection des libertés fondamentales a développé un système de protection des droits sexuels et reproductifs. Cependant, ces droits sont considérés plutôt sous un angle médical et ils font référence à la sexualité en tant que capacité à engendrer et à la reproduction en tant que liberté négative. En effet, les normes internationales organisent l'accès à la contraception, au dépistage des maladies sexuellement transmissibles et à l'éducation sexuelle (principalement dans la perspective de la reproduction).

Les droits sexuels et reproductifs forment une nouvelle génération des droits de l'homme, fruit du conflit provoqué par l'explosion démographique dans le Tiers Monde et par les nouvelles techniques de contrôle de la natalité. La *Conférence*

1. R. Cassen, « Population policy », in D. Ahlburg *et al.*, *Population and Economic Development : A Report to the Government of the Commonwealth of Australia*, Canberra, Australian International Development Assistance Bureau, 1994.

*mondiale de la population* de 1974 à Bucarest a posé les bases d'un droit international à la planification familiale et plus tard la *Première Conférence mondiale sur les femmes* (Mexico, 1975) a proclamé le planning familial comme un droit essentiel à l'égalité des sexes. La *Convention sur l'élimination de toutes les discriminations à l'égard des femmes* (CEDAW) de 1979 contient la plus ferme protection juridique : « (...) Les droits de décider librement et en toute connaissance de cause du nombre et de l'espace des naissances et d'avoir accès aux informations, à l'éducation et aux moyens nécessaires pour leur permettre d'exercer ces droits » et la *Conférence internationale sur la population* (Mexico, 1984) proc dera à l'ajout du terme « individus » à la définition issue de la Conférence de Téhéran clôturant ainsi une étape importante dans la reconnaissance aux personnes non mariées de droits à des services de santé reproductive.

C'est la Conférence de Nairobi de 1985 qui introduit la notion d'intégrité corporelle et de contrôle de la fécondité en ajoutant que les femmes doivent avoir le droit d'être ou de ne pas être m res. Quelques années plus tard, la *Conférence mondiale sur les droits de l'homme* (Vienne, 1993) a déclaré « le droit de la femme à (...) la gamme la plus large possible de services de planification familiale ». Le dispositif est complété par la *Conférence internationale sur la population et le développement* (CIPD, Le Caire, 1994)<sup>1</sup> qui dispose : « Les droits en matière de procréation correspondent à certains droits de l'homme d j   reconnus dans des législations nationales, des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et d'autres documents pertinents des Nations Unies qui sont le fruit d'un consensus » ; tout le monde a le droit de « prendre des décisions en matière de procréation sans être en butte à la discrimination, à la coercition ou à la violence, tel qu'exprimé dans des documents relatifs aux droits de l'homme. » Ainsi que la « (...) reconnaissance du droit fondamental de tous les couples et des individus de décider librement et avec discernement du nombre de leurs enfants et de l'espace des naissances et de disposer des informa-

1. 1999, CIPD + 5. L'examen quinquennal des engagements de la Conférence du Caire a réaffirmé les principes et les objectifs de son programme d'action.

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 213

tions nécessaires pour ce faire, et du droit de tous d'accéder à la meilleure santé en matière de sexualité et de reproduction »<sup>1</sup>. La santé en matière de reproduction « suppose donc qu'une personne peut mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité, qu'elle est capable de procréer et libre de le faire aussi souvent ou aussi peu souvent qu'elle le désire ». En 2004, lors du processus préparatoire à l'examen décennal des engagements de la CIPD, la communauté internationale a réaffirmé le Programme d'action de la CIPD, y compris beaucoup de pays qui avaient object  ces mêmes droits sexuels et reproductifs en 1994.

La *Quatrième Conférence mondiale sur les femmes* (Beijing, 1995)<sup>2</sup> a confirmé la reconnaissance du droit des femmes au contrôle de leur vie sexuelle et la plate-forme qui accompagne la convention développe la question en affirmant : « Les droits fondamentaux des femmes comprennent le droit d'être maîtresses de leur sexualité, y compris leur santé en matière de sexualité et de procréation, sans aucune contrainte, discrimination ou violence, et de prendre librement et de manière responsable des décisions dans ce domaine. L'égalité entre les femmes et les hommes en ce qui concerne la sexualité et la procréation, y compris le respect total de l'intégrité de la personne, exige le respect mutuel, le consentement et le partage de la responsabilité des comportements sexuels et de leurs conséquences. »

Sur le plan pénal, le statut de Rome de 1998 relatif à la Cour pénale internationale (CPI) dispose que le viol, l'esclavage sexuel, la prostitution forcée, la grossesse forcée, la stérilisation forcée ou toute autre forme de violence sexuelle constituant une infraction grave à l'article 3 commun aux *Conventions de Genève* de 1949 et peuvent être réprimés en tant que crimes de guerre s'ils sont perpétrés dans le cadre d'un conflit armé international ou interne. Ce dispositif international est complété par la Résolution 1820 des Nations Unies selon laquelle le viol et toute autre forme de violence

1. Chapitre VII : CIPD, 1994.

2. 2004, Beijing + 10. Le Consensus régional de Mexico presse les gouvernements d'instaurer une législation qui « garantit l'exercice responsable des droits en matière de sexualité et de reproduction et l'accès sans discrimination aux services de santé, y compris la santé sexuelle et reproductive ».

sexuelle peuvent constituer « un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou un élément constitutif du crime de génocide »<sup>1</sup>.

Selon les conventions internationales, le droit à la santé sexuelle et reproductive implique la faculté d'établir une relation mutuellement satisfaisante et sûre, libre de coercition ou de violence et sans craindre les maladies sexuellement transmissibles (MST), y compris le VIH/sida ou les grossesses non désirées. Les individus et les couples devraient être en mesure de réguler leur fécondité sans conséquences négatives ou dangereuses. La santé reproductive et, surtout, la promotion des comportements reproductifs sains, est l'une des grandes priorités pour la communauté mondiale, comme l'affirme le programme d'action de la *Conférence internationale sur la population et le développement* (Le Caire, 1994). Par santé en matière de reproduction, on entend « le bien-être général, tant physique que mental et social, de la personne humaine, pour tout ce qui concerne l'appareil génital, ses fonctions et son fonctionnement et non pas seulement l'absence de maladies ou d'infirmités. Cela suppose donc qu'une personne peut mener une vie sexuelle satisfaisante en toute sécurité, qu'elle est capable de procréer et qu'elle est libre de le faire aussi souvent ou aussi peu souvent qu'elle le désire. Cette dernière condition implique qu'hommes et femmes ont le droit d'être informés et d'utiliser la méthode de planification familiale de leur choix, ainsi que d'autres méthodes de régulation des naissances qui ne soient pas contraires à la loi. Ces méthodes doivent être sûres, efficaces, abordables et acceptables. L' tat doit également garantir le droit d'accéder à des services de santé qui permettent aux femmes de mener à bien la grossesse et l'accouchement et donner aux couples toutes les chances d'avoir un enfant en bonne santé ». Le but des services de santé en matière de reproduction est non seulement de dispenser des conseils et soins relatifs à la procréation et aux maladies sexuellement transmissibles, mais aussi d'améliorer la qualité de la vie et des relations interpersonnelles.

De même, la portée des droits de l'homme relatifs à la santé sexuelle et reproductive est illustrée par plusieurs arti-

1. Conseil de Sécurité de l'ONU, 5916<sup>e</sup> séance, 19 juin 2008.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 215

cles de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* et de la *Charte sociale européenne* (CSE), tels que le droit à la non-discrimination (art. 14 de la Convention) et le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5). Ce dernier peut aussi être violé si l'état impose des sanctions pénales aux personnes qui souhaitent recourir à la stérilisation, à la contraception ou à l'avortement et à celles qui pratiquent ces actes, contraignant par conséquent les femmes à subir leur grossesse.

Le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention) peut aussi être mobilisé pour garantir l'efficacité des droits sexuels et reproductifs. Aussi, le droit à l'information (art. 10), en tant que faculté de recevoir et de communiquer des informations, impose à l'état de garantir que toute personne reçoive les informations dont elle a besoin pour protéger et améliorer sa santé sexuelle et reproductive. Pour garantir la santé maternelle, il est nécessaire d'assurer les soins et la protection des femmes pendant la grossesse, ainsi que pendant et après l'accouchement. De même, l'article 8 de la CSE relatif au droit des travailleuses à la protection de la maternité invite les  tats membres «   assurer aux travailleuses, avant et après l'accouchement, un repos d'une durée totale de quatorze semaines au minimum, soit par un congé payé, soit par des prestations appropriées de Sécurité sociale ou par des fonds publics ; à considérer comme illégal pour un employeur de signifier son licenciement à une femme pendant la période comprise entre le moment où elle notifie sa grossesse à son employeur et la fin de son congé de maternité, ou à une date telle que le délai de préavis expire pendant cette période ; à assurer aux mères qui allaitent leurs enfants des pauses suffisantes à cette fin ; à réglementer le travail de nuit des femmes enceintes, ayant récemment accouché ou allaitant leurs enfants ; à interdire l'emploi des femmes enceintes, ayant récemment accouché ou allaitant leurs enfants à des travaux souterrains dans les mines et à tous autres travaux de caractère dangereux, insalubre ou pénible, et à prendre des mesures appropriées pour protéger les droits de ces femmes en matière d'emploi ».

La Charte promeut également le droit à la santé (CSE, art. 3 et 11). En l'absence de services de santé économique-

## 216 *Le droit des sexualités*

ment accessibles, il n'est pas possible d'assurer la santé reproductive. Les services de santé reproductive doivent comprendre des services de soins chargés de traiter les problèmes de santé existants et des services de prévention (conseil et traitement) en matière de procréation et de maladies sexuellement transmissibles. L'article 16 de la CSE dispose également : « Les gouvernements ont l'obligation positive de diffuser les informations et d'assurer l'éducation et les services nécessaires à la protection de la vie familiale (protection juridique, économique et sociale). Ces mesures sont également nécessaires pour garantir l'autonomie et la confidentialité du choix des femmes en matière de procréation ainsi que la protection de leur vie privée. »

### B - LE DROIT D'ASILE POUR LES MINORITÉS SEXUELLES

La récente évolution vers la tolérance à l'égard des gays et des lesbiennes en Occident ne doit pas faire oublier que l'homosexualité et le transsexualisme continuent à être considérés comme un crime dans plus de 80 pays au monde. Dans les pays à majorité musulmane, les relations entre personnes du même sexe sont sévèrement punies : des homosexuels sont exécutés en Iran, en Arabie Saoudite, en Afghanistan, en Mauritanie, au Soudan, dans les  tats du nord du Nigeria, au Yémen, au Pakistan et aux  mirats arabes unis. Dans plusieurs pays, les homosexuels et les transsexuels sont persécutés<sup>1</sup> au point que, depuis le Conseil international de 1991, *Amnesty International* considère que toute personne emprisonnée en raison de son orientation sexuelle avérée ou présumée doit être accueillie en tant que prisonnier d'opinion.

1. Notamment dans les pays suivants : Algérie, Botswana, Burkina-Faso, Cameroun, Cap-Vert, Égypte, Éthiopie, Gambie, Guinée, Kenya, Libye, Mauritanie, Maroc, Mozambique, Nigeria, Sénégal, Somalie, Soudan, Tanzanie, Togo, Tunisie, Ouganda, Zambie, Zimbabwe, Cuba, Guyane, Jamaïque, Nicaragua, Sainte-Lucie, Trinité-et-Tobago, Afghanistan, Bangladesh, Bhoutan, Brunei, Myanmar, Fidji, Inde, Malaisie, Maldives, Marshall, Népal, Pakistan, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Singapour,  les Salomon, Sri Lanka, Turkménistan, Ouzbékistan, Samoa occidentale, Koweit, Liban, Oman, Palestine, Qatar et Syrie.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 217

Le terme « asile », du latin *asylum* signifie lieu inviolable et fait référence à l'espace où l'on peut se réfugier pour être à l'abri d'un danger imminent. Juridiquement, le droit d'asile se définit comme le droit de bénéficier de la possibilité d'entrer et de séjourner dans un pays d'accueil afin d'être protégé et d'échapper aux persécutions subies ou susceptible d'être subies dans le pays d'origine. Ce droit est accordé aux personnes qui se sont vu reconnaître la qualité de réfugiées. La *Convention de Genève* du 28 juillet 1951, relative au statut des réfugiés, énumère cinq catégories de persécutions liées à la race, à la religion, à la nationalité, à l'appartenance à un groupe social et aux opinions politiques. L'asile territorial est octroyé à ceux qui ne peuvent invoquer ces motifs mais « dont la vie ou la liberté » est menacée dans leur pays ou qui craignent des traitements inhumains ou dégradants.

Au niveau local, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, dans une recommandation de juin 2000, estime que « les homosexuels qui craignent avec raison d'être pers cutes du fait de leur préférence sexuelle doivent être considérés comme des réfugiés au sens de l'article 1.A.2 de la Convention de 1951 relative au statut de réfugiés en leur qualité de membres d'un certain groupe social et qu'ils doivent, par conséquent, bénéficier du statut de réfugié ». Le Conseil invitait aussi les  tats membres à « prendre les mesures requises pour que les couples homosexuels binationaux bénéficient des mêmes droits en matière de résidence que les couples binationaux hétérosexuels »<sup>1</sup>.

Dans une directive 2004/83/CE du 29 avril 2004, l'Union européenne établit un certain nombre de critères communs pour l'identification des personnes ayant besoin d'une protection internationale. Si l'ensemble des pays de l'Union reconnaît, implicitement ou explicitement, le droit d'asile pour les minorités sexuelles (gays, lesbiennes, transsexuels, travestis), les pratiques administratives diff rent d'un pays à un autre. Ainsi, aux Pays-Bas la persécution doit atteindre un certain niveau de gravité pour obtenir l'asile ; en Suède l'existence

1. Recommandation 1470 (2000) sur la situation des gays et des lesbiennes et de leurs partenaires en matière d'asile et d'immigration dans les  tats membres du Conseil de l'Europe.

d'une disposition pénale réprimant l'homosexualité n'est pas suffisante pour obtenir le statut de réfugié et au Royaume-Uni la discrétion est imposée aux couples de même sexe dans leur pays d'origine (*closeting*) faute de laquelle le dossier n'est pas examiné. L'existence dans plusieurs ■■ européens de listes des « pays sûrs » dans laquelle sont inclus des  tats ayant des dispositifs légaux contre l'homosexualité (comme le Bénin, le Ghana, l'Inde, la Mauritanie, le Sénégal ou la Tanzanie), rend le droit d'asile inefficace. La directive dispose que la notion d'« appartenance à un groupe social » de la Convention de Genève doit bénéficier aux minorités sexuelles. Toutefois, peu sont les homosexuels qui obtiennent l'asile politique et même la CEDH dans l'affaire *Fashkami c/ Royaume-Uni* du 22 juin 2004 a considéré que la déportation d'un homosexuel iranien vers son pays d'origine n'était pas contraire à la convention du moment que la personne pouvait vivre son homosexualité dans l'intimité sans la rendre publique<sup>1</sup>.

La situation est devenue si intolérable que le Parlement européen est intervenu en faveur d'un autre homosexuel iranien de 19 ans menacé de mort par son père et dont l'ancien compagnon avait été exécuté. Le jeune iranien avait demandé en vain l'asile au Royaume-Uni et craignant d'être expulsé, il a fui aux Pays-Bas, où il a demandé le statut de réfugié mais les autorités néerlandaises, après avoir examiné sa demande, ont décidé de le renvoyer au Royaume-Uni.

Exprimant sa sérieuse inquiétude au sujet du sort réservé à ce garçon, le Parlement demande « l'application pleine et correcte de la directive relative aux conditions, qui voit dans la persécution en raison de l'orientation sexuelle un motif d'accorder l'asile et prévoit que les  tats membres doivent examiner le cas individuel et la situation dans le pays d'origine, y compris ses lois et règlements ainsi que la manière dont ils sont appliqués ». Le Parlement européen exige de « trouver en commun une solution afin que Seyed Mehdi Kazemi bénéficie de l'asile ou d'une protection sur le terri-

1. V. « Homophobia and discrimination on grounds of sexual orientation in the UE member states », rapport de l'*European Union Agency for Fundamental Rights*, 2008, p. 83 et s.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 219

toire de l'Union européenne et qu'il ne soit pas renvoyé en Iran, où il serait presque certainement exécuté, veillant ainsi à ce que l'article 3 de la Convention soit pleinement respecté par toutes les autorités européennes et notamment, en l'es-p ce, par le Royaume-Uni »<sup>1</sup>.

En France, le droit d'asile a été consacré comme un droit de nature constitutionnelle par le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 août 1993. Toutes les formes de protection au titre de l'asile sont régies par le livre VII du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (ci-après CESEDA) et le décret du 14 août 2004. La loi du 23 juillet 1952 a crée l'Office français de protection des réfugiés et apatrides (OFPRA), et sa juridiction d'appel, la Commission des recours des réfugiés (CRR). L'OFPRA, qui se situe au cœur du dispositif français d'asile, est chargé d'instruire les demandes d'asile. Ses décisions sont susceptibles de recours, dans un délai d'un mois, devant la CRR, elle-même placée sous le contrôle de cassation du Conseil d'Etat.

Traditionnellement, on distingue deux formes d'asile, qui sont prévues à l'article L. 711-1 du CESEDA. S'agissant des minorités sexuelles, ce n'est pas l'asile dit constitutionnel qui s'applique puisqu'il est réservé à « tout homme persécuté en raison de son action en faveur de la liberté ». L'asile dit conventionnel est celui utilisé pour protéger les minorités sexuelles. Toutefois, le droit d'asile pour les minorités persécutées en raison de leur orientation sexuelle n'apparaît pas de manière explicite dans les textes juridiques. Il doit donc être envisagé à travers les dispositions générales régissant le droit d'asile. Prévu par la Convention de Genève, le droit d'asile permet l'octroi du statut de réfugié à toute personne qui « craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques, se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays ». C'est la notion d'appartenance à un « certain groupe social » qui est utilisée en France pour étudier une demande

1. Résolution du Parlement européen du 13 mars 2008 sur le cas du citoyen iranien Seyed Mehdi Kazemi, 13 mars 2008.

220 *Le droit des sexualités*

d'asile en raison de l'orientation sexuelle. En effet, par le biais de la jurisprudence, cette notion permet la reconnaissance de la qualité de réfugié aux personnes gays, lesbiennes, bisexuelles ou transsexuelles. La CRR a ainsi admis, dans une décision du 15 mai 1998, que la situation des transsexuels en Algérie permettait de « regarder ces derniers comme constituant un groupe dont les membres sont, en raison de caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société algérienne, susceptibles d'être exposés à des persécutions ». Elle en a déduit que les transsexuels algériens constituaient bien un groupe social au sens de la Convention de Genève, ouvrant droit au statut de réfugié.

De même, dans l'affaire « M. K. » du 21 octobre 2005, la Commission a reconnu que « malgré la dépénalisation de l'homosexualité intervenue en Fédération de Russie, dans les conditions qui prévalent actuellement dans la région de Sverdlosk, les personnes qui revendiquent leur homosexualité et entendent la manifester dans leur comportement extérieur peuvent être exposées, de ce fait, tant à l'exercice effectif de poursuites judiciaires, déposées à leur encontre sous des motifs fallacieux, qu'à des violences policières ; que dans ces conditions, les craintes que peut raisonnablement éprouver le requérant du fait de son comportement en cas de retour doivent être regardées comme résultant de son appartenance à un groupe social au sens des stipulations de l'article 1<sup>er</sup>, A, 2 de la Convention de Genève ». Cependant, la conception française relative à l'appartenance à un « certain groupe social » est restrictive en ce qu'elle insiste sur le critère de visibilité extérieure, outre celui de caractéristiques communes identifiables socialement.

Pour se voir reconnaître le statut de réfugié au titre de l'asile dit conventionnel, la personne pers c t e en raison de son orientation sexuelle va devoir prouver à l'OFPRA l'existence de persécutions ou de violences contre elle dans son pays d'origine. Depuis la loi de 2003, les persécutions ou violences invoquées sont prises en compte qu'elles émanent des autorités de l'état, de partis ou d'organisations qui contrôlent l'état ou une partie substantielle du territoire, ou d'acteurs non étatiques. Cependant, dans ce dernier cas de figure, il est nécessaire que les autorités susceptibles d'offrir une pro-

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 221

tection à la personne persécutée en raison de son orientation sexuelle (autorités de l'état ou organisations internationales ou régionales) aient refusé (ou n'aient pas été en mesure) de le faire. S'il n'est pas nécessaire que des persécutions aient été déjà subies, il importe qu'elles puissent être sérieusement redoutées en cas de retour dans le pays d'origine, et qu'elles revêtent une gravité suffisante.

En outre, aux termes des dispositions de l'article L. 713-3 du CESEDA, « peut être rejetée la demande d'asile d'une personne qui aurait accès à une protection sur une partie du territoire de son pays d'origine si cette personne n'a aucune raison de craindre d'y être persécutée ou d'y être exposée à une atteinte grave et s'il est raisonnable d'estimer qu'elle peut rester dans cette partie du pays. Il est tenu compte des conditions générales prévalant dans cette partie du territoire, de la situation personnelle du demandeur ainsi que de l'auteur de la persécution au moment où il est statué sur la demande d'asile ». Ainsi, depuis la loi du 10 décembre 2003, introduisant la notion d'asile interne, la condition d'absence de possibilité d'être protégé dans une partie du territoire du pays d'origine est nécessaire pour se voir reconn tre l'asile conventionnel en France. L'obtention du statut de réfugié ouvre droit à la carte de résident, valable dix ans et renouvelable de plein droit (sauf en cas de perte de la qualité de réfugié).

  côté de l'asile, il existe la protection subsidiaire, crée par cette même loi de 2003, pour les personnes ne remplissant pas les conditions d'octroi du statut de réfugié.  nonc e à l'article L. 712-1 du CESEDA, elle est accordée «   toute personne qui établit qu'elle est exposée dans son pays à la peine de mort, à la torture, ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ou, s'agissant d'un civil, à une menace grave, directe et individuelle contre sa vie et sa personne en raison d'une violence généralisée résultant d'une situation de conflit interne ou international ». La protection subsidiaire peut ainsi être sollicitée par les minorités sexuelles exposées à de telles peines. Néanmoins, celle-ci ne confère pas le statut de réfugié, mais débouche sur la simple délivrance d'une carte de séjour temporaire renouvelable pour un an. Ce système est donc beaucoup moins protecteur pour les minorités sexuelles

que l'asile dit conventionnel, et par conséquent moins sollicité. Cependant, lorsqu'une demande au titre de l'asile conventionnel a été rejetée par l'OFPRA, il arrive que cet organisme accorde la protection subsidiaire au requérant, si les conditions de fond sont remplies.

Le système en vigueur en France pose un certain nombre de difficultés. Tout d'abord, les demandes d'asile présentées devant l'OFPRA sont très souvent rejetées au motif que les personnes persécutées en raison de leur orientation sexuelle n'apportent pas la preuve suffisante de leur appartenance à un certain groupe social. L'Office exige, en effet, que les minorités sexuelles persécutées produisent la preuve que leur homosexualité est notoire dans leur pays. Une décision « M. N. » de la Commission des recours des réfugiés (CRR) du 13 septembre 2001 est explicite sur ce point : « Considérant, toutefois, que si M. N. a exprimé sincèrement et de façon convaincante son impossibilité de vivre sa sexualité dans son pays d'origine et sa détresse psychologique au regard des normes exigées par la société marocaine en matière de sexualité, il n'a pas allégué avoir cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement extérieur ou avoir été exposé à l'exercice effectif de poursuites judiciaires ; que, dès lors, et en dépit de la condamnation pénale des rapports homosexuels en public telle que prévue par l'article 489 du Code pénal, les craintes énoncées relatives à la réprobation familiale et sociétale à laquelle il serait nécessairement confronté ne peuvent être suffisantes pour le regarder comme relevant des dispositions précitées de la Convention de Genève ; qu'en particulier, l'attestation rédigée par le centre gay et lesbien de Nantes le 11 avril 2001 ne peut suffire à justifier ses prétentions ; qu'ainsi, le recours ne peut être accueilli. »<sup>1</sup>

De même, la cour administrative d'appel a autorisé l'expulsion d'un gay : « Considérant que si M. X fait valoir qu'il courrait des risques dans son pays d'origine, le Pérou, en raison de son appartenance à la communauté homosexuelle et transsexuelle, il ne fournit, pas plus en cause d'appel qu'il ne

1. CRR, 13 septembre 2001, 379319, M. N.

## *Prescriptions et proscriptions sexuelles* 223

l'avait fait en première instance, aucune précision ni justification probante à l'appui de ses allégations. »<sup>1</sup>

Pourtant, il apparaît évident que dans un pays où un homosexuel s'expose à des persécutions ou à une condamnation pénale pour motif d'homosexualité, il est difficile de prouver une telle notoriété.

D'autre part, l'introduction en droit français de la notion de pays d'origine sûrs par la loi du 10 décembre 2003 est très problématique. Selon l'article L. 741-1 du CESEDA, un pays est considéré comme sûr « s'il veille au respect des principes de liberté, de la démocratie et de l'état de droit, ainsi que des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». La liste de ces pays est fixée par l'OFPRA. Bien qu'en principe la prise en compte du caractère sûr du pays d'origine n'exclut pas l'examen individuel de la demande d'asile par l'Office, et qu'une demande ne peut être rejetée au seul motif que le demandeur est ressortissant d'un pays figurant sur la liste, il apparaît évident que le fait d'être ressortissant d'un pays considéré comme sûr pèse négativement dans la balance pour apprécier la réalité du risque de persécutions. Certains pays présents sur la liste en vigueur au 3 mai 2006 de pays dits « sûrs », contiennent des dispositifs légaux pénalisant l'homosexualité<sup>2</sup>.

### C - LA LUTTE CONTRE LE TOURISME SEXUEL IMPLIQUANT DES ENFANTS

Chaque année presque 900 millions de personnes se rendent à l'étranger, parmi eux 10 % choisissent leur destination touristique en fonction de l'offre sexuelle du pays<sup>3</sup>. L'expression « tourisme sexuel » désigne l'action consistant à profiter de voyages à l'étranger pour pratiquer une sexualité

1. CAA, juge des reconduites, 12 janvier 2006, n  05MA01648, inédit au *Rec. Lebon*.
2. Comme le Bénin, le Cap-Vert, le Ghana, l'Inde, le Sénégal et la Tanzanie selon la liste de l'OFPRA.
3. <http://www.journee-mondiale.com/textes/2-juin-tourisme-sexuel.php>.

généralement payante. Lorsqu'il s'agit d'adultes consentants, le droit n'a pas à intervenir dans ce type d'activités. Chacun est libre de choisir sa destination touristique en fonction de ses propres goûts et ses intérêts. En revanche, lorsque le tourisme sexuel vise des enfants, la mise en place d'un système répressif efficace est nécessaire. Bien que les rapports sexuels avec des mineurs se trouvent réprimés partout dans le monde (plus particulièrement s'agissant de prostitution infantile), certaines législations semblent plus faciles à contourner, soit parce que les autorités locales sont peu sensibles au problème, soit parce qu'ils sont facilement corrompibles. Le *I<sup>er</sup> Congrès mondial de Stockholm contre l'exploitation sexuelle d'enfants à des fins commerciales* (1996) ainsi que le *II<sup>e</sup> Congrès de Yokohama* de décembre 2001 ont permis de mieux identifier cette forme de criminalité. La pauvreté, la désintégration familiale, la drogue et les conflits accroissent la vulnérabilité des enfants à toutes les formes d'exploitation. Selon l'Unicef, « près de 3 millions d'enfants seraient chaque année victimes d'exploitation sexuelle dans un cadre commercial. Selon l'Organisation internationale du travail, 1 800 000 enfants seraient victimes de prostitution ou participeraient à des activités pédopornographiques »<sup>1</sup>, souvent avec la complicité de leurs propres familles.

Dès 1989, la *Convention internationale relative aux droits de l'enfant* abordait le problème et tentait une première solution dans son article 34 : « Les  tats parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle.   cette fin, les  tats prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :

- a) que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale ;
- b) que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales ;

1. C. Bouquet, « La lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants. Pour une stratégie française », rapport remis le 9 septembre 2004 à Marie-Josée Roig, ministre de la Famille et de l'Enfance et Léon Bertrand, ministre délégué au tourisme, p. 16.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 225

c) que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique »<sup>1</sup>.

L'Union européenne s'est également saisie de la question. Dans une communication de la Commission du 27 novembre 1996 relative à la lutte contre le tourisme sexuel impliquant des enfants, les autorités de l'Union invitent les  tats membres à prendre des mesures autour de trois axes :

- 1 / Dissuader et sanctionner les abuseurs sexuels d'enfants, en adoptant notamment des lois pour sanctionner les délits et crimes commis sur les enfants à l'étranger et en attribuant aux tribunaux nationaux une compétence extraterritoriale dans ce domaine même si le délit ou crime présumé n'est pas prévu en tant que tel dans la juridiction où il a été commis.
- 2 / Endiguer les flux de touristes sexuels à partir des  tats membres. La Commission envisage ainsi avant tout d'agir sur la demande, provenant essentiellement des pays membres de l'Union européenne.
- 3 / Contribuer à la lutte contre le tourisme sexuel dans les pays tiers en exerçant des pressions vis-à-vis des pays qui se montrent trop complaisants dans ce domaine.

Avant même l'élaboration de ces recommandations, la France s'était dotée d'un dispositif répressif. En effet, la loi du 1<sup>er</sup> février 1994 a permis la poursuite sur le sol français du « tourisme sexuel » pratiqué à l'étranger par des Français ou des étrangers résidant sur l'Hexagone. Ces dispositions ont été reprises et complétées par la loi du 17 juin 1998 et intégrées dans l'article 227-27-1 du Code pénal. Elles concernent non seulement les atteintes sexuelles sans violence mais aussi la corruption de mineur et la diffusion ou exploitation de l'image d'un mineur à caractère pornographique. Les agressions sexuelles non consenties par le mineur n'entrent pas dans la catégorie de « tourisme sexuel », s'il y a violence, surprise ou menace, il ne s'agit pas de tourisme sexuel mais tout simplement de viol.

1. Convention internationale relative aux droits de l'enfant, adoptée par l'Assemblée générale de l'ONU le 20 novembre 1989, signée le 26 janvier 1990.

Lorsque l'une de ces infractions est commise à l'étranger par un Français ou par une personne résident habituellement en France, la loi française est applicable même si les faits ne sont pas punis par la législation du pays où ils ont été commis, indépendamment de l'existence d'une plainte de la victime ou d'une dénonciation officielle par l'autorité de ce pays. Des accords bilatéraux de coopération judiciaire sont souvent nécessaires pour faciliter la mise en œuvre de ce dispositif d'extraterritorialité. Ainsi, un Français de 47 ans, qui s'était livré à du tourisme sexuel lors d'un voyage sur l' le de Madère en 1998, a été condamné, en 2003, à huit mois de prison avec sursis pour « exhibition sexuelle » et « tentatives de corruption de mineurs » par le tribunal correctionnel de Marseille<sup>1</sup>. De même, selon la Cour de cassation « il suffit, pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République et soit punissable en vertu de la loi française, qu'un de ces faits constitutifs ait eu lieu sur ce territoire. Tel est le cas en l'espèce, dès lors qu'il est établi que des actes avaient été effectués en France en vue de la diffusion des cassettes pornographiques enregistrées en Thaïlande »<sup>2</sup>. En plus, l'article 2-3 du Code de procédure pénale, modifié par la loi du 2 janvier 2004 « relative à l'accueil et à la protection de l'enfance », permet à toute association dont l'objet statutaire comporte la défense ou l'assistance de l'enfant en danger et victime de toutes autres formes de maltraitance d'exercer les droits reconnus à la partie civile, lorsque l'action publique a été mise en mouvement par le ministère public ou la partie lésée. Ce droit d'action est reconnu pour un certain nombre d'infractions concernant les mineurs victimes, parmi lesquelles on relève celles qui sanctionnent toutes les formes de mise en péril des mineurs.

La volonté de réprimer au mieux le tourisme sexuel infantile a conduit le législateur à prévoir la responsabilité pénale des personnes morales par rapport aux délits d'atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans<sup>3</sup> et de rela-

1. *Le Monde*, 9 avril 2003.

2. Cass. crim., 4 février 2004, n  03-81.984, *Bull. crim.*, 2004, n  32, p. 129.

3. Art. 227-28-1 du Code pénal.

*Prescriptions et proscriptions sexuelles* 227

tions sexuelles avec un mineur en échange d'une rémunération<sup>1</sup>. Ce dispositif permettrait de sanctionner, par exemple, une agence de voyage, s'il est démontré que son action a favorisé la commission des délits sexuels impliquant des enfants.

1. Art. 225-12-4 du Code pénal.

Profil couleur : Profil d'imprimante CMJN générique  
Composite Trame par défaut

## Conclusion

---

L'augmentation des condamnations pour crimes sexuels, la mise en place d'un régime d'exception concernant la sexualité, lequel par ailleurs commence à se répandre et gagne l'ensemble des infractions, constitue un exemple paradigmatique du rapport entre le droit et la morale. L'inflation de fichiers, l'accompagnement des mesures cliniques à côté de la sanction juridique, l'obligation d'informer les autorités (qui dans d'autres cas pourrait relever de la délation) montrent clairement une croissante « volonté de punir », pour reprendre le titre du livre de D. Salas<sup>1</sup>.

Il n'est pas anodin que l'engagement progressif du système pénal dans la voie de la répression ait commencé par les infractions sexuelles. Dans les tréfonds judéo-chrétiens notre inconscient collectif perçoit encore aujourd'hui la sexualité dans une dimension morale qui n'a jamais cessé de conditionner le dispositif pénal, malgré les tentatives du législateur de séculariser compl tement le répertoire d'infractions. La méfiance systématique envers la sexualité est le fruit d'une vision dogmatique de celle-ci, p ch  par excellence pour lequel l'homme fut éjecté du Paradis et qui provoqua le gémissement désespéré de l'apôtre Paul : « Misérable homme que je suis, qui me délivrera de ce corps de mort ? »<sup>2</sup>

1. D. Salas, *La volonté de punir : essai sur le populisme pénal*, Paris, Pluriel, 2008.

2. *Romains*, 7, 24.

Se dépendre de cette conception millénaire de la sexualité pour pouvoir la penser comme une simple manifestation de la vie humaine constitue le premier travail du juriste afin d'élaborer une régulation de la sexualité affranchie des impératifs moraux et religieux. Sur le plan de la sexualité consentie entre adultes, une véritable régulation juridique s'abstiendrait de toute intervention de l'état, laissant aux individus la liberté d'organiser leur vie sexuelle comme bon leur semble et sur le plan de la criminalité sexuelle, la norme pénale devrait traiter l'infraction avec les outils du droit commun, c'est-à-dire dépourvue de toute spécificité.

Nous sommes loin de cette régulation raisonnée et dépassionnée de la sexualité. Bien au contraire, comme le souligne J. Halley<sup>1</sup>, on est passé d'une lutte contre le harcèlement sexuel à un véritable harcèlement de la sexualité. La réactualisation de l'*horroris sexualis* est d'autant plus pernicieuse qu'elle ne se fait pas à travers l'appel des vieux principes religieux mais par l'invocation de la « dignité humaine ». Car le résultat pratique de l'application de ce terme, flou, est le même, à savoir l'imposition d'un principe transcendantal qui, par définition, s'impose à tous et détermine substantiellement ce qui est sexuellement bon ou mauvais pour nous.

1. *Left Legalism / Left Critique*, co-edited with Wendy Brown, ■, Duke University Press, 2002, p. 80-104.

## Bibliographie

### OUVRAGES

- Borrillo D. (dir.), *Homosexualit s et droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Paris, PUF, coll. « Les voies du droit », mai 1998 (2<sup>e</sup>  d., 1999).
- Borrillo D., Lochak D. (dir.), *La liberté sexuelle*, Paris, PUF, 2005.
- Borrillo D., Colas D., *L'homosexualité de Platon   Foucault. Anthologie critique*, Paris, Plon, 2005.
- Borrillo D., *Homosexuels quels droits ?*, présentation de Jack Lang, Paris, Dalloz, coll. «   savoir », 2007.
- Borrillo D., Formond Th., *Homosexualité et discrimination en droit privé*, Paris, La Documentation française, 2007.
- Bourdieu P., *La domination masculine*, Paris, Le Seuil, 1998.
- Branlard J.-P., *Le sexe et l'état des personnes*, Paris, LGDJ, 1993.
- Carrasco Gilbert P., *Sexuality and Discrimination : A Rights and Liberties Perspective*, ■, Carolina Academic Press, 2005.
- Daoust V., *De la sexualité en démocratie*, Paris, PUF, 2005.
- Dorlin E., *Sexe, genre et sexualités*, Paris, PUF, coll. « Philosophies », 2008.
- Dubos O., Marguenaud J.-P. (dir.), *Sexe, sexualité et droits européens : enjeux politiques et scientifiques des libertés individuelles*, Paris, Pedone, 2007.
- Eskridge W. N., Jr., Nan D. Hunter, *Sexuality, Gender, and the Law*, ■, Foundation Press, 2005.
- Fabre C., Fassin E., *Liberté, égalité, sexualités*, Belfond-Le Monde, 2003.
- Gaudreault-DesBiens J.-F., *Le sexe et le droit. Sur le féminisme juridique de Catharine MacKinnon*, Québec, Liber - Yvon Blais, 2001.
- Graupner H., Tahmindjis Ph. (ed.), *Sexuality and Human Rights : A Global Overview*, ■, Haworth Press, 2005.
- Guilbault D., *Démocratie et égalité des sexes*, Montréal, Sisyphe, 2008.
- Iacob M., *Le crime était presque sexuel et autres essais de casuistique juridique*, Paris, Flammarion, 2003.
- Lameyre X., *La criminalité sexuelle*, Paris, Flammarion, 2000.

232 *Le droit des sexualités*

- Marzano M., *La pornographie ou l'épuisement du désir*, Paris, Buchet-Chastel, 2003.
- Mossuz-Lavau J., *Les lois de l'amour, les politiques de la sexualité en France 1950-2002*, Paris, Petite Bibliothèque Payot.
- Mossuz-Lavau J., Handman M.-E., *La prostitution à Paris*, Paris, La Martinière, 2005.
- Mossuz-Lavau J., *La vie sexuelle en France*, Paris, La Martinière, 2002.
- Moran L., Monk D., Beresford S. (ed.), *Legal Queeries : Lesbian, Gay and Transgender Legal Issues*, London, Continuum, 1998.
- Kasirer N. (dir.), *Les sept p ch s capitaux et le droit privé*, Montréal, Thémis, 2006.
- Ogien R., *Penser la pornographie*, Paris, PUF, 2003.
- Py B., *Le sexe et le droit*, Paris, PUF, « Que sais-je ? », 1999.
- Vigarello G., *Histoire du viol XVI-XX  siècle*, Paris, Le Seuil, 1998.
- Waite Matthew, *The Age of Consent : Young People, Sexuality and Citizenship*, Palgrave, MacMillan, 2005.

ARTICLES

- Borrillo D., « Pluralisme conjugal ou hiérarchie des sexualités : la reconnaissance juridique des couples homosexuels dans l'Union européenne », *McGill Law Journal*, vol. 46, August 2001 p. 877-922.
- Borrillo D., « La surveillance juridique de pratiques sexuelles légitimes : l'institution de la norme conjugale », in D. Fassin et D. Memmi ( d.), *Le gouvernement des corps*, Paris,  d. de l' cole des hautes études en sciences sociales, 2004.
- Borrillo D., « Droit et politique européenne du genre et de l'orientation sexuelle », *Gender Law and Policy Annual Review*, vol. 2, 2004, p. 7-16.
- Borrillo D., « Différence des sexes et adoption : la psychanalyse administrative contre les droits subjectifs de l'individu » (cosigné avec Thierry Pitois-Étienne), *Revue de droit de McGill*, vol. 49, n  4, octobre 2004, p. 1035-1056.
- Borrillo D., « La lutte contre les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle en droit européen et français », *Revue Droit et Cultures*, n  49, 2005/1, Paris, p. 129-145.
- Borrillo D., « Who is breaking with tradition ? The legal recognition of same-sex partnership in France and the question of modernity », *Yale Journal of Law and Feminism*, vol. 17, n  1, 2005, p. 89-97.
- Borrillo D., « Liberté érotique et "exception sexuelle" », in *La liberté sexuelle* (sous la dir. D. Lochak et D. Borrillo), Paris, PUF, 2005.
- Borrillo D., « Démocratie et d magogies sexuelles », in *Frontières du droit, critique des droits* (billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak), Paris, LGDJ, « Droit et société, recherches et travaux », n  14.
- Borrillo D., « La luxure, l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances de la passion », in N. Kasirer ( d.), *Les sept p ch s capitaux et le droit*, Montréal, Thémis, 2008.

*Bibliographie* 233

- Dworkin R., « Liberté et pornographie », trad. Marc-Olivier Padis, *Esprit*, 175, 1991.
- Guéry Ch., « L'inceste :  tude de droit pénal comparé », *Dalloz*, 1998, p. 47.
- Le Gunhec F., « Aperçu rapide sur les dispositions de la loi n  98-468 du 17 juin 1998 renforçant la prévention et la répression des infractions sexuelles », *La Semaine juridique*, édition générale n  28, 8 juillet 1998.
- Lochak D., « Le droit à l'épreuve de bonnes mœurs. Puissance et impuissance de la norme juridique », in *Les bonnes mœurs*, CURAPP-PUF, 1994, p. 15-53.
- Hart H. L. A., « La moralité du droit », in *Droits*, n  19/1994, « Droits et mœurs », p. 105-112.
- Mayeaud Y., « Du viol et de ses conséquences : après le dérapage, le rattrapage ou du retour à la légalité », *Dalloz*, 1999, p. 75.
- Meyer D., « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs ? », in *Les bonnes mœurs*, Paris, CURAPP-PUF, 1994.
- Lameyre X., « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *Rev. sc. crim.*, 2002.
- Roets D., « L'inquiétante métamorphose du délit de harcèlement sexuel.   propos de la réécriture de l'article 222-33 du Code pénal par la loi n  2002-73 du 17 janvier 2002 dite "de modernisation sociale" », *Dalloz*, 2002, p. 2059 et s.
- Roman D., « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas ? La liberté sexuelle et ses juges :  tude du droit français et comparé », *Dalloz*, Doctrine, 2005, n  23 p. 1508-1516.
- Seuic J.-F., « Interruption volontaire de grossesse, contraception, stérilité : loi du 4 juillet 2001 », *Rev. sc. crim.*, 2001.

Profil couleur : Profil d'imprimante CMJN générique  
Composite Trame par défaut

Borrillo.prn  
V:\55321\55321.vp  
lundi 18 mai 2009 14:38:58

## LES VOIES DU DROIT

- Mireille Delmas-Marty. – *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'homme*, 1986 ; r d. « Quadrige », 2004.
- Gérard Timsit. – *Thèmes et systèmes de droit*, 1986.
- Sous la direction de Claude-Albert Colliard et Gérard Timsit. – *Les autorités administratives indépendantes*, 1988 ( puis ).
- M. van de Kerchove et F. Ost. – *Le système juridique entre ordre et désordre*, 1988.
- Sous la direction de Mireille Delmas-Marty. – *Raisonnement la raison d' tat. Vers une Europe des droits de l'homme*, 1989 ( puis ).
- Martine Rémond-Gouilloud. – *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, 1989.
- Paul Dubouchet. – *Sémiotique juridique*, 1990 ( puis ).
- Gérard Timsit. – *Les noms de la loi*, 1991 ( puis ).
- André-Jean Arnaud. – *Pour une pensée juridique européenne*, 1991 ( puis ).
- Denis Salas. – *Du procès pénal.  l ments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, 1991.
- Sous la direction de Mireille Delmas-Marty. – *Procès pénal et droits de l'homme. Vers une conscience européenne*, 1992.
- M. van de Kerchove et F. Ost. – *Le droit ou les paradoxes du jeu*, 1992.
- Alain Sapiot. – *Critique du droit du travail*, 1994 ; r d. « Quadrige », 2002.
- Danièle Bourcier. – *La décision artificielle*, 1995.
- Neil MacCormick. – *Raisonnement juridique et théorie du droit*, 1996.
- Claude Klein. – *Théorie et pratique du pouvoir constituant*, 1996.
- Gérard Timsit. – *Archipel de la norme*, 1997.
- Andrée Lajoie. – *Jugements de valeurs*, 1997.
- Pierrette Poncela, Pierre Lascoumes. – *Réformer le Code pénal. Où est passé l'architecte ?*, 1998.
- Jean-Louis Halpérin. – *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, 1999.
- Daniel Borrillo. – *Homosexualit s et droit. De la tolérance à la reconnaissance juridique*, 2   d., 1999.
- Sous la direction de J.-L. Bodiguel, C.-A. Garbar et A. Supiot. – *Servir l'intérêt général. Droit du travail et fonction publique*, 2000.
- Andrée Lajoie. – *Quand les minorités font la loi*, 2002.
- Emmanuel Breen. – *Gouverner et punir*, 2003.
- Christine Noiville. – *Du bon gouvernement des risques. Le droit et la question du « risque acceptable »*, 2003.
- Sous la direction de Mireille Delmas-Marty. – *Critique de l'intégration normative*, 2004.
- Gérard Farjat. – *Pour un droit économique*, 2004.
- Sous la direction de Christine Lazerges. – *Figures du parquet*, 2006.
- Pierre Moor. – *Pour une théorie micropolitique du droit*, 2005.
- Jacques Caillosse. – *La constitution imaginaire de l'administration*, 2008.

## SIGNES

- J.-L. Baudouin et D. Blondeau. – * thique de la mort et droit à la mort*, 1993.
- Denis Salas. – *Sujet de chair et sujet de droit : la justice face au transsexualisme*, 1994.
- Gérard Timsit. – *Gouverner ou juger. Blasons de la légalité*, 1995.

Profil couleur : Profil d'imprimante CMJN générique  
Composite Trame par défaut

Borrillo.prn  
V:\55321\55321.vp  
lundi 18 mai 2009 14:38:58

Imprimé en France  
par MD Impressions  
73, avenue Ronsard, 41100 Vendôme  
Juin 2009 — N  55 321



MD Impressions est titulaire du label Imprim'Vert®

Profil couleur : Profil d'imprimante CMJN générique  
Composite Trame par défaut

Borrillo.prn  
V:\55321\55321.vp  
lundi 18 mai 2009 14:38:59

Profil couleur : Profil d'imprimante CMJN générique  
Composite Trame par défaut

Profil couleur : Profil d'imprimante CMJN générique  
Composite Trame par défaut