



**HAL**  
open science

## Démocratie et démagogie sexuelles

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Démocratie et démagogie sexuelles. Véronique Champeil-Desplats; Nathalie Ferré. *Frontières du droit, critique des droits. Billets d'humeur en l'honneur de Danièle Lochak, LGDJ, 2007, 978-2-275-03151-4. hal-01237746*

**HAL Id: hal-01237746**

**<https://hal.science/hal-01237746>**

Submitted on 3 Dec 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.

## Démocratie et démagogie sexuelles

Daniel BORRILLO \*

Lorsqu'en 1991 j'avais soutenu ma thèse sur le corps dans le droit et, un an plus tard, je m'engageais dans un travail de post-doctorat sur les implications juridiques de l'évolution des biotechnologies, j'ignorais que j'allais consacrer une grande partie de ma recherche à l'étude de la sexualité, ou plutôt des sexualités, sous l'angle du droit des personnes, du droit pénal, du droit du travail et plus généralement des droits de l'homme. Et pourtant, la base philosophique de mes analyses se trouve clairement et dans ma thèse et dans mes publications post-doctorales.

Mon travail consistait à mieux comprendre les mécanismes juridiques d'appropriation par l'humain de sa propre personne et de son propre corps. Puis ceux relatifs à la participation de l'humain dans les profits scientifiques dès lors que les produits de son corps contribuent à l'amélioration de la recherche et de la thérapie biotechnologiques. Pendant toutes ces années, (entre 1989 et 1995) ma recherche était centrée sur la question de l'autonomisation de l'humain, sur les conquêtes politiques du mouvement ouvrier (appropriation de l'énergie du travail), du mouvement des *Civil Rights* (appropriation des droits fondamentaux par la minorité noire) ou encore celui des femmes (appropriation du corps et de la sexualité).

En 1997, j'ai décidé d'organiser le premier colloque international sur les homosexualités et le droit à l'Université de Paris X-Nanterre dans son ancien site de la Défense. Le Conseil de l'Europe avait donné son parrainage, l'École doctorale une partie du financement et la Maison Yves SAINT-LAURENT a financé le reste<sup>1</sup>.

Danièle LOCHAK avait participé au colloque, elle était depuis le début de l'organisation de l'événement à mes côtés, elle suivait le débat, elle participait aux controverses.

Un an après, lorsque je lui ai proposé un séminaire sur la sexualité et le droit, dans le cadre du diplôme des droits de l'homme, elle a accepté sans états d'âme, elle était cependant curieuse de savoir quelle serait la réception des étu-

---

\* Maître de conférences en droit privé à l'Université de Paris X-Nanterre.

1. D. BORRILLO (dir.) *Homosexualités et Droit : de la tolérance sociale à la reconnaissance juridique*, Presses Universitaires de France, coll. « Les voies du droit », Paris, mai 1998. (2<sup>e</sup> édition, mai 1999).



dians. Depuis le nombre d'étudiants inscrits n'a cessé de croître et plusieurs mémoires ont été consacrés aux implications juridiques de la sexualité.

Entre la fin de ma thèse et mon séminaire doctoral, j'avais acquis une nouvelle expertise liée non pas au monde académique mais à l'univers militant de la lutte contre le sida. En tant que bénévole, j'étais devenu le responsable juridique de l'association Aides à Paris. Après la mort de Michel FOUCAULT, son compagnon Daniel DEFERT avait décidé de créer Aides. Les droits des malades et des personnes touchées, d'une manière ou d'une autre par le VIH, représentaient l'activité principale de la vie associative. C'est dans les permanences hebdomadaires de l'association que j'ai rencontré les principales problèmes auxquels étaient confrontées les personnes vivant avec le virus : licenciement, discriminations, questions relatives à la confidentialité des données, impossibilité d'accès aux assurances, absence de reconnaissance du couple homosexuel. Danièle était familiarisée avec ces problèmes. Comme membre du Conseil national du sida, elle connaissait les dossiers, elle était surtout proche des gens.

C'est en fonction de mon expérience associative, que j'ai commencé à construire une réflexion autour des problèmes concrets liés à la situation des gays et des lesbiennes et des couples de même sexe. Mes outils intellectuels et mes préoccupations académiques prenaient soudain corps. Cette matière nouvelle : la vie de beaucoup de personnes qui sollicitaient l'assistance d'Aides, leurs témoignages, l'expérience aussi douloureuse que capitale de voir partir beaucoup d'amis... tout cela donne une épaisseur à la pensée, la façonne, la détermine.

Afin de prendre la distance nécessaire à tout travail scientifique, j'ai décidé de limiter mon engagement militant et de solliciter une délégation au CNRS pour me consacrer à l'étude des discriminations fondées sur l'orientation sexuelle. Le moment était propice, l'Union Européenne venait d'adopter une directive sur la question dans les domaines du travail et de l'emploi. Je quitte Nanterre pour deux ans (pour une délégation au CNRS), je continue toutefois à assurer mon séminaire de troisième cycle dans le diplôme dirigé par Danièle.

Le droit communautaire ouvre des nouvelles perspectives. J'étais formé dans la tradition romano-germaniste et me voilà maintenant travaillant avec des juristes formés surtout dans la *Common Law*. Si la technique est différente, la problématique demeure commune. En effet, dans le droit communautaire, l'égalité des sexes précède l'égalité des sexualités et le modèle juridique qui servait de base à la lutte contre les discriminations fondées sur le genre devient un instrument d'action aussi pour l'égalité des homosexuels.

Si l'égalité chasse toujours un peu la liberté, ma réflexion n'a de sens que dans cette tension permanente qui permet de trouver un équilibre toujours instable (historique) dans un permanent conflit d'intérêts.

Pendant longtemps la qualité de sujet de droit était intimement liée à la condition masculine, seul l'homme libre, dont le *Pater familias* incarnait l'idéal, jouissait des droits politiques et sa direction des affaires domestiques était incontestable. La prétendue qualité abstraite du citoyen (universalisme républicain oblige) n'était autre chose que son appartenance à la classe des mâles de surcroît blancs, européens et hétérosexuels. La sexualité a en effet constitué pendant longtemps un espace particulièrement fécond de la domination mascu-



line de nature hétérosexuelle. L'histoire du viol en témoigne : comme l'a remarquablement démontré Georges VIGARELLO, si cette violence était sanctionnée par le droit c'était parce qu'il s'agissait d'une atteinte à l'honneur du mari plutôt que d'une agression contre la femme (si elle était déjà mariée) ou contre la virginité à préserver pour son mari, si elle était encore célibataire<sup>2</sup>.

Toutefois, les différents mouvements sociaux ont permis d'élargir le monde commun, cher à Hannah ARENDT. La plus grande démocratisation de la sexualité, grâce au mouvement des femmes, implique désormais que l'individu a un choix érotique libre de toutes les contraintes liées à la religion, la tradition, la communauté, et même au contrat puisque le mariage peut être rompu à tout moment. L'égalité des sexes a permis l'émergence et le développement de l'égalité des sexualités. Le combat des femmes précède celui des homosexuels.

Comme le note Eric 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 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>3</sup> ».

L'ordre sexuel évoqué par E. FASSIN est surtout celui de l'égalité des genres et des sexualités. Considérée sous cet angle, la démocratie sexuelle semble être définitivement en marche. Mais c'est particulièrement dans sa dimension égalitaire que la démocratie sexuelle donne ses fruits. Ailleurs ce n'est pas nécessairement le cas. En effet, comme le montre Robert WINTEMUTE, l'évolution vers l'égalité des sexualités n'est toujours pas accompagnée d'un progrès similaire en matière de liberté sexuelle<sup>4</sup>. On serait tenté de justifier la limitation de la liberté au nom de l'égalité mais à condition d'établir clairement le statut des sujets susceptibles de reproduire une situation d'asymétrie. En effet, si ce sont les femmes (et particulièrement les hétérosexuelles) qui se trouvent discriminées, ce qu'il faudrait limiter ce n'est pas la liberté sexuelle de tout le monde mais exclusivement celle des hommes hétérosexuels. Hélas, la démocratie sexuelle ne fait pas ce type de distinctions.

Je propose donc de mesurer autrement le degré de démocratisation de l'ordre sexuel, c'est-à-dire non pas en fonction de l'égalité mais en fonction de la liberté, non pas à partir du genre ou des sexualités mais à partir des pratiques sexuelles. Depuis cette perspective, le constat n'est nullement le même. À côté de la démocratie sexuelle (celle du genre et des sexualités) se développe une

2. G. VIGARELLO, *Histoire du viol XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Seuil, 1998, 357 p.

3. E. FASSIN, *L'inversion de la question homosexuelle*, Ed. Amsterdam, Paris, 2005.

4. R. WINTEMUTE, « De l'égalité des orientations sexuelles à la liberté sexuelle. Jurisprudence européenne et comparée » in D. BORRILLO ET D. LOCHAK (dir.) *La liberté sexuelle*, PUF, Paris 2005.



forme de démagogie sexuelle (celle des pratiques sexuelles peu conventionnelles). En effet, parallèlement au débat de la parité et du PACS, un autre débat (moins controversé) a eu lieu. Il a abouti à la mise en place d'un système de répression du sexe 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, différents rapports, quelques lois et projets de loi 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 pénalisation du racolage passif, le durcissement de la censure en matière de pornographie et la pénalisation des pratiques sadomasochistes entre adultes consentants sont quelques exemples de la limitation croissante de la sexualité.

S'agissant des pratiques non consentantes ou de celles qui sont entretenues avec des mineurs, le degré de démagogie atteint encore des niveaux plus spectaculaires<sup>5</sup>. Le populisme pénal a toujours servi la cause des démagogues. En matière sexuelle il se caractérise par la concurrence de ces trois éléments : démesure répressive, victimisation et psychologisation.

### Surpénalisation

Comme le note Eric ALT, « 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 cinq ans et plus, contre 12 % en Allemagne, 5 % en Italie, 4 % aux Pays-Bas. La France doit ainsi être classée parmi les pays les plus répressifs. Le viol et les agressions sexuelles sont la première cause d'incarcération des condamnés ».

Le viol est dans la pratique jurisprudentielle plus sévèrement condamné que l'homicide. 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 l'infraction peut être commise et la mise en place des fichages spécifiques font de la criminalité sexuelle un type de comportement plus proche du terrorisme que de celui sanctionné par le droit pénal général<sup>6</sup>.

### Victimisation

La possibilité pour les associations des victimes d'intervenir dans le procès a permis d'accroître la charge affective au sein du système pénal. Frédéric

5. Dans les trente dernières années le chiffre d'incarcération pour infractions sexuelles ne cesse d'augmenter : en 1976 les détenus représentaient 4,6 %, en 1986 ils étaient 8 %, en 1996, 14 % et 23 % en 2003 (A. KENSEY, *Éléments statistiques sur les infractions sexuelles*, AJ Pénal, Fév. 2004).
6. Pour une analyse plus approfondie voir D. BORRILLO, « Liberté érotique et exception sexuelle », in D. BORRILLO ET D. LOCHAK (Dir.), *La liberté sexuelle*, PUF, Paris, 2005.



GROS nous rappelle qu'aujourd'hui « punir c'est permettre à la victime de faire son deuil ». Le populisme pénal met la vengeance à la place de la justice et le sentiment de la victime devient l'axe autour duquel s'articule le procès. Avant même le jugement, la victime exige d'être reconnue comme telle, l'espace judiciaire doit également constituer un espace thérapeutique censé soulager la souffrance. Il existe même une science consacrée aux victimes, la victimologie. La psychologie jouit d'une place dominante au sein de cette discipline au détriment de la logique juridique.

### Psychologisation

La psychologisation se produit non seulement du côté de la victime mais aussi du côté de l'agresseur supposé. Introduit par la loi du 17 juin 1998, le suivi socio-judiciaire oblige les auteurs d'agressions sexuelles à suivre un traitement psychiatrique qui peut durer plusieurs années. La réhabilitation légale ne se produit pas à l'expiration de la peine mais à la fin du traitement médical<sup>7</sup>. Comme le souligne Dominique 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 remord, 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>8</sup> ».

Dans ce contexte, l'affaire d'Outreau apparaît moins comme un accident judiciaire que comme l'exemple paradigmatique d'un système pénal qui fonctionne non pas pour rétablir la justice mais pour satisfaire l'appétit de vengeance et pour alimenter les phantasmes les plus obscurs de l'opinion publique. Les pratiques sexuelles non-conventionnelles sont toujours suspectes car elles constituent le prélude de la criminalité sexuelle laquelle, dans nos sociétés sécuritaires, est devenue le paradigme du mal absolu.

Penser la sexualité aussi comme un espace politique implique de mesurer le degré de démocratisation du sexe non seulement en fonction de l'égalité des genres et des orientations sexuelles mais aussi de la liberté des pratiques sexuelles (même les plus hétérodoxes) entre adultes consentants.

7. L'ancien ministre de la justice, D. PERBEN a annoncé en novembre 2004 le lancement d'essais thérapeutiques par castration chimique sur 48 patients volontaires.

8. F. GROS, « La victime, sujet de droit ou objet politique ? », in *Le sexe et ses juges, Syndicat de la magistrature*, Syllepse, Paris, 2006.