



**HAL**  
open science

## Liberté érotique et exception sexuelle

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Liberté érotique et exception sexuelle. Daniel Borrillo; Danièle Lochak. La liberté sexuelle, Presses Universitaires de France, 2005, 2-13-054889X. hal-01239380

**HAL Id: hal-01239380**

**<https://hal.science/hal-01239380>**

Submitted on 7 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.

## Liberté érotique et « exception sexuelle »

Daniel Borrillo

Dans une société démocratique, la liberté sexuelle consiste en la capacité de l'individu à agir érotiquement sans contraintes. L'autonomie de la volonté et le consentement constituent ses piliers. Comme toute autre liberté, elle 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 ; 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 comme légitime.

Aborder ainsi cette manifestation du comportement humain semble dépourvu d'originalité : c'est s'inspirer de la démarche traditionnelle du juriste lorsqu'il analyse les différentes libertés protégées par la règle de droit<sup>1</sup>. Après tout, si la libre disposition de sa propre personne apparaît comme la condition *sine qua non* de l'exercice

1. J. Rivero et H. Moutouh, *Libertés publiques*, Paris, PUF, « Thémis », 2003 (2 vol.).

### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

des autres libertés, rien de plus évident que de garantir la liberté sexuelle comme l'on protège tout autre choix individuel et/ou social.

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 obstination à refuser d'appliquer, en matière sexuelle, les principes juridiques qui fondent notre vie en société.

Alors que l'étude des libertés en général bénéficie d'une place centrale dans les ouvrages juridiques et les traités de science politique, les analyses consacrées à la liberté sexuelle demeurent marginales, voire inexistantes. 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, comme 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 sociétés seraient vidées de leur nature démocratique. 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 protection des faibles ou de la dignité humaine<sup>1</sup>.

Si le savoir, la propriété, l'art ou le commerce sont célébrés dans les textes constitutionnels puisque composants essentielles de la vie humaine, la sexualité, quant à elle, est systématiquement présentée sous un angle négatif ou par rapport à 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

1. Pour une analyse des différents arguments en faveur ou critiques de la liberté sexuelle, voir Lori Gruen et George E. Parichas (ed.), *Sex, Morality and the Law*, New York - London, Routledge, 1997.

## *La liberté sexuelle*

l'homme, ce n'est que par le biais des droits reproductifs. La Conférence internationale sur la population et le développement<sup>1</sup> aborde le problème à partir du paradigme démographique au sein duquel la liberté sexuelle est réduite au droit à ne pas se reproduire<sup>2</sup>. 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<sup>3</sup>.

Par ailleurs, dès que nous évoquons le sexe, tout se passe comme si la liberté de l'individu se trouvait menacée par des éventuels abus ou par l'aliénation que toute activité sexuelle porterait nécessairement en elle<sup>4</sup>.

Il ne s'agit nullement, pour moi, d'ignorer l'exploitation liée au commerce sexuel : celle-ci doit être dénoncée sans aucune ambiguïté. Cependant, le risque d'exploitation en matière de sexualité ne me semble pas plus important que dans d'autres domaines de la vie personnelle ou professionnelle, et en tout cas moins que dans le travail domestique ou pour la main-d'œuvre immigrée<sup>5</sup>.

En tout état de cause, la liberté, c'est la liberté et non pas l'exploitation qui est, en fait, son opposé. Ainsi, comme l'on s'interdit de considérer que la liberté religieuse est à l'origine du développement des sectes ou que la liberté d'opinion provoque

1. Le Caire, 1994.

2. Je ne veux nullement minimiser l'importance d'une telle action politique, en particulier par rapport à son impact dans les pays du Tiers Monde ; reste qu'il est très significatif que ce premier traitement juridique de la sexualité au niveau international soit produit dans cet espace de la fécondité.

3. *Derechos sexuales y derechos reproductivos en la perspectiva de los derechos humanos, Advocaci*, Rio de Janeiro, UNFPA, 2003.

4. Un exemple paradigmatique de cette manière de concevoir la prostitution est la thèse de doctorat d'État en médecine de Judith Trinquart, « La décorporalisation dans la pratique prostitutionnelle : un obstacle majeur à l'accès aux soins », février 2002.

5. « Esclavage moderne et trafic d'êtres humains, quelles approches européennes ? », Actes du Colloque du 17 novembre 2000, Commission européenne, Ministère de la Justice et Ministère de l'Intérieur français, Paris.

## Liberté érotique et « exception sexuelle »

l'injure et la diffamation ou encore que la liberté de travail mène à l'esclavage, de même, la liberté sexuelle ne doit pas se confondre avec le mauvais usage qu'abusivement on fait d'elle. La liberté, ce n'est ni l'abus ni l'escroquerie. Souvent, dans les controverses sur le sujet<sup>1</sup>, on discute de ces derniers et non pas de la première. Recentrons-nous donc sur la liberté.

### *Le sexe en Occident*

Cette impossibilité à penser sereinement l'exercice de la sexualité comme on est capable de le faire pour toute autre liberté me semble étroitement liée à l'histoire politique du sexe en Occident<sup>2</sup>. En effet, qu'il soit la clé pour comprendre le rapport de notre civilisation à la vérité<sup>3</sup>, qu'il se trouve à l'origine des répressions ou qu'il constitue un des éléments déterminants du paradigme cognitif, le christianisme a joué sans aucun doute le rôle principal dans les représentations juridiques relatives à la bonne et à la mauvaise sexualité<sup>4</sup>. Pour construire une théorie vraiment juridique, il est nécessaire de purger la règle de droit des éléments théologiques qui peuvent certes avoir une importance pour chacun, à titre individuel, mais qui ne me semblent pas être en mesure de pouvoir fonder une vision commune de la sexualité. Durant plusieurs siècles, l'absence de sexualité constituait la norme<sup>5</sup>. En effet, si le mariage apparaît de nos jours comme

1. Voir par exemple les réactions qu'ont suscitées certaines de mes prises de position dans la presse : « La liberté de se prostituer », *Libération*, 5 mai 2002 ; « Des valeurs différentes pour le X », *Libération*, 7 octobre 2002 ; « En finir avec l'homophobie », *Libération*, 1<sup>er</sup> avril 2004 ; « Pourquoi le mariage homosexuel », *Le Monde*, 30 avril 2004.

2. D. P. Verene, *Sexual Love and Western Morality*, New York, Harper & Row, 1972.

3. Michel Foucault, *Histoire de la sexualité*, t. 1 : *La volonté de savoir*, Paris, Gallimard, 1984.

4. Jean-Louis Flandrin, *Le Sexe et l'Occident. Évolution des attitudes et des comportements*, Paris, Le Seuil, 1981 ; rééd. « Points Histoire », 1990. Voir également : Peter Brown, *Le renoncement à la chair*, Paris, Gallimard, 1995.

5. Pour une analyse approfondie de l'incidence religieuse en matière sexuelle, voir D. Borrillo, « La luxure : l'orthodoxie matrimoniale comme remède contre les errances

## La liberté sexuelle

l'espace de la sexualité légitime, l'idéal sexuel de la civilisation chrétienne fut pendant très longtemps la virginité. Manifestation du péché par excellence, le sexe doit être combattu par un exercice constant de l'esprit. Selon l'apôtre Paul, « si vous vivez selon la chair, vous mourrez ». Mathieu n'hésite 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. Qui peut comprendre ceci le comprenne », conclut l'évangéliste<sup>1</sup>. Le seul antidote au poison de la luxure fut la vie monacale. Celle-ci a 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 l'évangéliste. Ce n'est qu'en 1215, lors du IV<sup>e</sup> concile de Latran, que l'Église catholique 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. À partir du XIII<sup>e</sup> siècle, le monopole institutionnel de l'Église en matière sexuelle sera incontestable. L'absence de sexe était la condition de la sainteté, mais, face à l'impossibilité de suivre cette voie, le seul compromis acceptable ne pouvait être que les noces. Ce n'est que très tardivement que les autorités théologiques considéreront le mariage comme une institution digne d'estime. En effet, pendant longtemps, la méfiance à son égard était

de la passion », in Nicholas Kasirer (dir.), *Les sept péchés capitaux et le droit privé*, Montréal, « Thémis », 2005. Voir également D. Borrillo, « La surveillance juridique de pratiques sexuelles légitimes : l'institution de la norme conjugale », in D. Fassin et D. Memmi (dir.), *Le gouvernement des corps*, Paris, Éd. de l'École des hautes études en sciences sociales, 2004.

1. Math. XIX, 12.

### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

de mise. 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 de l'éviter, 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 érotique occidentale. Fondée sur les Écritures et développée dans les manuels des confesseurs, la condamnation de la sexualité hors mariage a constitué l'assise de la théologie de l'Éros : passion, adultère, sodomie, masturbation, concupiscence sont apparus comme des comportements contraires à la morale sexuelle, indépendamment de la volonté de ceux qui les pratiquaient. 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 plan divin. La sexualité (la chair) est l'un des éléments constitutifs de cette humanité et, étant celui qui se trouve le plus exposé au péché, il est tout particulièrement nécessaire de veiller à ce qu'il 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<sup>1</sup>.

Au XVIII<sup>e</sup> siècle, avec l'avènement d'une conception de l'existence fondée sur la volonté individuelle et non pas sur un quelconque projet salutaire, ce n'est plus la nature du comportement sexuel qui permet de déterminer sa qualité, mais uniquement sa subordination à une double condition : qu'il soit choisi sans contrainte et qu'il ne nuise pas à autrui. La modernité produit ainsi un changement axiologique majeur : désormais, la valeur cesse d'être contenue dans la substance de l'acte pour se déplacer vers sa forme, et il suffit que celui-ci soit consenti pour qu'il devienne légitime.

À la différence de la morale chrétienne qui imposait un sens univoque de la sexualité, l'État laïque renonce à une telle prétention ; chaque individu est libre de donner à sa sexualité la signification

1. Voir Judith R. Walkowitz, *City of Dreadful Delight. Narratives of Sexual Danger in Late-Victorian London*, Chicago, The University of Chicago Press, 1992.

## *La liberté sexuelle*

qui lui convient le mieux. La modernité implique ainsi l'abandon d'une symbolique érotiquement uniformisée au profit d'une pluralité des sexualités et doit, en ce sens, veiller pour qu'aucune ne devienne monopolistique.

Bien que, depuis le XVIII<sup>e</sup> 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 (Beccaria, Condorcet, Bentham, Stuart Mill...) qui alimentent l'ordre juridique libéral et selon lesquelles la liberté serait le principe et les contraintes l'exception, se trouvent de nos jours remises en question par une vision conservatrice de plus en plus consensuelle<sup>1</sup>. Face à cette situation, il me semble nécessaire de rappeler le grand principe qui fonde les rapports entre la morale et le droit : la neutralité éthique de l'État.

### *La neutralité éthique de l'État en matière sexuelle*

Pour les sociétés démocratiques, l'impartialité morale de l'État constitue la garantie de la liberté des individus<sup>2</sup>. Ce principe se fonde sur l'idée que la société (et le droit) doit s'abstenir de dire le bien aux membres qui la composent ; elle doit simplement se limiter à énoncer le juste (à travers les canaux institués, telle que la loi) et à garantir, notamment par l'intervention prétorienne, l'équilibre dans les relations contractuelles<sup>3</sup>. Contrairement à l'État paternaliste, l'État démocratique ne se substitue pas aux choix des individus.

1. Je fais référence ici à l'aspect politique et moral du libéralisme, et non pas à sa dimension économique, comme on a tendance à le faire en France où l'on oublie souvent que le libéralisme est avant tout une philosophie de la culture.

2. Igor Primoratz, *Ethics and Sex*, London and New York, Routledge, 1999.

3. Sur cette question, voir H. Hart, *Law, Liberty and Morality*, Londres, Oxford University Press, 1963, rééd. 1968 ; John Rawls, *La théorie de la justice* (1971), Paris, Le Seuil, 1997 ; Ronald Dworkin, *L'empire du droit*, Paris, PUF, 1994 ; H. Kelsen, *La théorie pure du droit*, Neuchâtel, Éd. de la Baconnière, 1953.



### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

C'est à eux seuls de déterminer ce qui est bon ou mauvais pour la réalisation de leurs objectifs vitaux<sup>1</sup>. En ce sens, l'État s'abstient de s'immiscer à certains moments (liberté négative), mais aussi s'engage et intervient dans d'autres (liberté positive). Il refuse de décider à la place de l'individu, laissant ce dernier libre de mener sa vie comme bon lui semble, en même temps qu'il doit assurer d'une manière égalitaire l'exercice des droits individuels. Tout acte librement accompli, s'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 le principe, il doit également s'assurer que la liberté est effective aussi bien dans les relations que l'individu entretient avec lui-même (autonomie de la volonté) qu'avec les autres (équilibre contractuel).

La légitimité de l'activité sexuelle trouve donc son fondement dans la capacité à consentir ; celle-ci devient désormais la clé du dispositif juridique<sup>2</sup>.

L'État n'a pas à promouvoir une morale sexuelle spécifique sous peine de devenir lui-même immoral. La personne adulte est la seule capable de déterminer ce qui lui convient. La liberté devient tyrannie dès lors que l'État prétend connaître mieux que l'individu ce qui lui est favorable. 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 personne la faculté d'avoir des relations sexuelles moyennant rétribution et de faire de cela sa profession habituelle ? Pour quelle raison l'État empêcherait-il une ou plusieurs personnes d'entretenir des rapports sadomasochistes ou de s'adonner à la pornographie du

1. D'après Ruwen Ogien, cette « éthique minimale repose sur trois principes : neutralité à l'égard des conceptions substantielles du bien ; principe négatif d'éviter de causer des dommages à autrui ; principe positif qui nous demande d'accorder la même valeur à la voix et aux intérêts de chacun ». Voir *Penser la pornographie*, Paris, PUF, « Questions d'Éthique », p. 12.

2. Sur l'évolution juridique et politique de la notion de consentement, voir la contribution de Jean-François Chassaing dans cet ouvrage.

## *La liberté sexuelle*

moment qu'il s'agit d'adultes qui recherchent volontairement ces plaisirs ?

L'argument de la dignité humaine est avancé pour s'opposer au principe de la neutralité éthique. Outre son caractère flou<sup>1</sup>, cette idée de dignité humaine véhicule une métaphysique de la personne qui rend plutôt service à la théologie qu'au droit<sup>2</sup>. Elle actualise la vieille théorie thomiste selon laquelle nous ne sommes que de simples usufruitiers de notre vie, dont la propriété revient à Dieu<sup>3</sup>. Son caractère sacré rend à certains égards notre personne indisponible, y compris pour nous-mêmes, et si aujourd'hui l'État a remplacé le Créateur, la dynamique demeure la même : une instance supérieure sait mieux que nous-mêmes ce qui est digne ou indigne à notre égard. Appliquée à la sexualité, cette notion est extravagante, tant il est difficile à imaginer que les individus qui consomment de la pornographie, qui exercent la prostitution ou qui ont des pratiques sadomasochistes portent atteinte à leur humanité.

### *L'égalité chasse toujours un peu la liberté*

La vision contractualiste de la société qui présuppose le libéralisme moral produit des effets aussi bien libérateurs que conservateurs. Ainsi, en tant que contestation radicale de la tutelle de l'Église et de la monarchie absolue, la théorie du contrat a permis d'affirmer la place centrale de la liberté individuelle contre toutes les formes du pouvoir arbitraire. Toutefois, la fiction du contrat peut également devenir un moyen idéologique permettant de justifier la domination des plus forts. Le XIX<sup>e</sup> siècle témoigne ainsi des dégâts du libéralisme économique devenu la protection de « la

1. Voir Olivier Cayla, « Dignité humaine : le plus flou des concepts », *Le Monde*, 30 janvier 2003.

2. Il suffit de voir l'usage qui est fait de cette notion pour défendre la morale sexuelle traditionnelle.

3. D. Borrillo, *L'homme propriétaire de lui-même ?*, thèse de doctorat de l'Université de Strasbourg, Ateliers de Lille, 1992.

## *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

liberté du loup dans le poulailler ». En matière sexuelle, le mouvement féministe a permis de dévoiler la fonction politique conservatrice de l'idéologie du consentement. Étant historiquement sous l'emprise masculine, les femmes avaient plutôt une capacité à céder et non pas vraiment à consentir<sup>1</sup>. Dans ce contexte, la liberté sexuelle se trouvait seulement du côté masculin de l'humanité. À travers leur critique du libéralisme masculin, les féministes ont posé les bases d'une théorie générale de la sexualité fondée non pas sur la liberté, mais sur l'égalité. Les analyses d'Albert Memmi<sup>2</sup> et de Pierre Bourdieu<sup>3</sup> ont également mis en évidence un système d'assujettissement qui n'est pas seulement dans un pouvoir extérieur, mais surtout dans la conscience des dominés. Affaibli dans son autonomie, le dominé n'est pas en mesure de négocier librement<sup>4</sup>.

Au nom de l'égalité et afin de permettre la symétrie dans les relations contractuelles, il est permis de limiter la liberté des uns au profit de l'indépendance des autres. Cependant, il ne s'agit pas tant ici de la sexualité en général que principalement de l'hétérosexualité. En effet, la critique féministe du libéralisme sexuel masculin s'adresse aux relations des hommes avec les femmes et non pas à la liberté sexuelle des lesbiennes et des gays, laquelle leur était tout simplement refusée.

Si, par principe, l'égalité chasse toujours un peu la liberté et si cette dernière ne peut s'épanouir légitimement que sous la condition que la première soit garantie, il ne s'agit pas, pour cette limitation justifiée de la liberté, de s'attaquer à toutes les manifestations de la sexualité mais exclusivement à l'hétérosexualité masculine.

1. N.-C. Mathieu, « Quand céder n'est pas consentir. Des déterminants matériels et psychiques de la conscience dominée des femmes, et de quelques-unes de leurs interprétations en ethnologie », in N.-C. Mathieu (dir.), *L'anatomie politique. Catégorisations et idéologies du sexe*, Paris, Côté-femmes, 1991, p. 169-245.

2. *Le portrait du colonisé*, Paris, Gallimard, 2<sup>e</sup> éd., 1989.

3. *La domination masculine*, Paris, Le Seuil, 1998.

4. Le contrat de travail est un exemple paradigmatique de la limitation de la liberté de l'employeur.

## *La liberté sexuelle*

En ce sens, les récents débats concernant la prostitution et la pornographie sont significatifs. À aucun moment les analyses des féministes n'ont fait référence explicitement à la prostitution entre hommes ou aux services sexuels rémunérés entre femmes<sup>1</sup> ; ce n'était pas non plus la pornographie gay qui était visée mais la consommation systématique des « femmes objets » par des clients hétérosexuels. Afin d'éviter toute ambiguïté, il aurait fallu que les critiques contre le « libéralisme sexuel » soient accompagnées de cette précision<sup>2</sup>, faute de quoi, plutôt qu'un combat contre la misogynie et l'hétérosexisme, ces prises de position peuvent s'apparenter à la défense d'une morale sexuelle puritaine.

### *L'étendue de la liberté sexuelle*

En tant que manifestation de la vie privée, la liberté sexuelle implique la possibilité d'entretenir des relations avec qui nous souhaitons et dans les conditions convenues avec notre ou nos partenaires<sup>3</sup>. Toute ingérence de l'État dans la matière devrait être considérée comme illégitime. La Cour européenne des droits de l'homme a admis ce principe en matière d'homosexualité<sup>4</sup> mais l'a refusé pour les rapports sadomasochistes<sup>5</sup>. Je reviendrai sur cette contradiction plus loin.

1. À l'exception de l'étude menée par J. Mossuz-Lavau et M.-E. Handman, *La prostitution à Paris*, Paris, La Martinière, 2005.

2. Ce qui a été remarquablement fait par Monique Wittig dans toute son œuvre et en particulier dans *La pensée straight*, Paris, Balland, 2001.

3. En principe, la liberté implique les relations entre êtres humains. Cependant, la zoophilie (rapports sexuels entre humains et animaux) relève aussi de la vie privée, et s'il n'existe ni abus ni mauvais traitements, cette forme de sexualité doit être considérée comme légitime (art. 521-1 Code pénal).

4. *Dudgeon c/ Royaume-Uni et Irlande du Nord*, 22 octobre 1981 ; *Norris c/ Irlande*, 26 octobre 1988 ; *Modinos c/ Chypre*, 22 avril 1993 ; *S. L. c/ Autriche*, 9 janvier 2003.

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

### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

L'État doit garantir l'exercice de cette liberté sans contraintes puisque la capacité à consentir constitue la base de cette légitimité. Juridiquement, le terme « capacité » a un double sens. Il s'agit, d'une part, de l'aptitude à acquérir et à disposer des droits (capacité de jouissance) ; d'autre part, de la possibilité d'exercer ces prérogatives (capacité d'exercice). L'incapacité d'exercice interdit à une personne de disposer par elle-même des droits dont elle est le titulaire, et se trouve justifiée soit par l'âge, soit par une altération des facultés physiques ou mentales de l'individu<sup>1</sup>. Si le Code civil dispose que

1. La question de la sexualité des handicapés mentaux mériterait à elle seule une étude spécifique, tant elle est saturée de paradoxes. En effet, en dehors du mariage qui peut être célébré dans un intervalle de lucidité, la vie sexuelle des « fous » n'existe pas. Cette sexualité est assimilée au viol si le rapport sexuel a lieu avec une personne saine d'esprit et à un dommage susceptible de réparation judiciaire lorsque celle-ci se déroule entre handicapés mentaux. Les handicapés mentaux sont présumés ne jamais consentir à une relation sexuelle. Depuis 1961, la jurisprudence est particulièrement stricte en la matière, car, même sans violence, un rapport sexuel entre une jeune fille de 16 ans « arriérée mentale » et un jeune homme « valide » peut être assimilé à un viol. Et même si le rapport psychiatrique a 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 et l'acte du jeune homme devient donc criminel. De surcroît, le Code pénal introduit une circonstance aggravante liée à la vulnérabilité de la victime. La Cour européenne des droits de l'homme, dans une décision du 26 mars 1985, confirme cette appréciation dans ces termes : « Étant 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. » S'agissant des relations sexuelles entre handicapés mentaux, la jurisprudence, sans aller jusqu'à les qualifier de viol, observe néanmoins que les circonstances de l'affaire permettent l'allocation de dommages et intérêts. Ainsi, dans un arrêt du 24 janvier 1996, la Cour de cassation considère que la « perte de sa virginité constitue pour Sandrine une atteinte à son intégrité physique » susceptible de constituer un préjudice. Il s'agissait, dans le cas d'espèce, d'une fille (majeure sexuellement mais sous tutelle à cause de son handicap mental) 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. Le plus surprenant, ici, c'est qu'il ne s'agissait nullement de sanctionner l'absence de consentement – car nous étions face à deux handicapés mentaux qui se sont engagés dans un rapport sexuel dépourvu de violence ou de surprise –, mais de réparer le préjudice consistant en la perte de la virginité.

## La liberté sexuelle

toute personne âgée de 18 ans révolus ou émancipée<sup>1</sup> est capable, il existe plusieurs majorités juridiques (politique, civile, pénale, sexuelle, commerciale) et au sein de chacune d'elles figurent plusieurs exceptions.

L'âge de la capacité pénale ne coïncide pas avec celui de la majorité civile. Si cette dernière est fixée à dix-huit ans, l'individu est considéré comme responsable pénalement dès lors qu'il est conscient de l'acte commis. Ainsi, un mineur peut être déclaré coupable d'une infraction et subir par conséquent des sanctions (surveillance, assistance, sanction éducatives et, à partir de treize ans, la privation de liberté). D'après l'article 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 ». En 2004, le parquet a poursuivi un groupe de garçons entre huit et quatorze ans pour agression sexuelle ; le plus âgé risque dix ans de prison, les autres peuvent faire l'objet de mesures éducatives<sup>2</sup>.

La liberté de l'individu de disposer sexuellement de son corps commence en principe à l'âge de quinze ans<sup>3</sup>. Cette limite varie selon les pays ; en Espagne, elle est fixée à douze ans, en Belgique à seize ans, et à quatorze ans en Italie. La base de la pénalisation n'est pas l'absence de consentement mais l'impossibilité pour une personne mineure à donner un accord de volonté suffisamment libre. Dans l'état actuel du droit pénal, nous nous trouvons confrontés à une situation paradoxale : un enfant de quatorze ans peut passer dix ans de prison pour avoir commis un viol mais il est considéré incapable pour consentir à un acte sexuel avec un majeur. Soit il est

1. L'émancipation peut s'obtenir automatiquement par le mariage (art. 476 du Code civil) ou par décision du juge des tutelles (art. 477).

2. « Viol d'une jeune handicapée par des enfants », *Libération*, 28 août 2004.

3. De manière gratuite, puisque entre 15 et 18 ans le mineur qui se prostitue ou qui accepte une promesse de rémunération de la part d'un adulte fait encourir à celui-ci une peine aggravée.

### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

responsable sexuellement, soit il ne l'est pas. Ce système du deux poids - deux mesures est arbitraire.

Depuis 1982, l'âge de la majorité sexuelle est le même pour les actes hétérosexuels et homosexuels. Les infractions sexuelles avec ou sans violence sont condamnées. Si un majeur de dix-huit ans entretient un rapport sexuel avec un mineur de moins de quinze ans, il commet un délit. Le Code pénal dispose que « le fait par un majeur d'exercer sans violence, contrainte, menace ou surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende »<sup>1</sup>. Cette sanction a été aggravée en 1998 : jusqu'alors, la peine était de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

L'atteinte sexuelle implique nécessairement l'existence du consentement de la victime, faute duquel il n'y a pas atteinte 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. Le comportement incriminé doit être commis sur le corps du mineur, sans quoi il n'y a pas atteinte mais exhibition sexuelle ou incitation de mineur à la débauche.

Il existe quatre circonstances aggravantes (la peine encourue est alors de dix ans d'emprisonnement et 150 000 € d'amende) : lorsque l'atteinte est commise par un ascendant (parents, oncles, grands-parents...) ; lorsqu'elle est commise par plusieurs personnes auteurs ou complices ; lorsqu'il y a abus de fonction (instituteur, magistrat, policier, chef d'établissement...) ; enfin, quand 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<sup>2</sup>. L'ensemble des circonstances aggravantes des infractions sexuelles renvoie à l'impossibilité ou la difficulté pour la victime d'échapper à une situation de domination. Outre la vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité

1. Article 227-25 du Code pénal.

2. Article 227-26 du Code pénal.

ou à une déficience physique ou psychique, l'abus d'autorité est également un élément déterminant au moment d'évaluer la gravité de l'acte. En effet, la fragilité de la victime ou l'autorité qu'une personne exerce sur une autre place le rapport dans une situation d'asymétrie.

Toutes ces dispositions pénales s'appliquent exclusivement aux majeurs. Les rapports consentis entre mineurs ne tombent pas sous le coup de la loi. Les actes sexuels avec pénétration anale ou buccale sous violence, contrainte, menace ou surprise sur la personne d'un mineur de moins de quinze ans sont considérés comme un viol aggravé puni de vingt ans de réclusion. Les agressions sexuelles autres que le viol sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende. La loi a fixé à treize ans l'âge en dessous duquel, même avec le consentement de la victime, tout acte sexuel avec elle est considéré comme un viol. Lorsqu'un majeur entretient un rapport sexuel avec un mineur de moins de quinze ans par erreur, croyant que celui-ci était majeur, il doit apporter la preuve qu'il a été induit en erreur par le mineur, faute de quoi il sera condamné.

Pour l'éthique libérale, l'étendue de la liberté sexuelle coïncide avec l'accord libre et volontaire des individus capables de s'engager dans un échange sexuel. Les seules limites justifiées au sein de cette conception moderne du droit sont celles relatives aux incapacités ou à l'absence de consentement de la victime. Or, bien que la norme juridique française en la matière soit systématiquement présentée comme laïque et dépourvue d'une symbolique spécifique du sexe, il ne s'agit que d'un effet rhétorique, car, comme nous allons le voir, les lois relatives à la sexualité, aussi bien au niveau pénal que civil, constituent un véritable régime spécifique qui déroge trop souvent aux principes du droit commun.



## Liberté érotique et « exception sexuelle »

### Limites à la liberté

Depuis une vingtaine d'années, la répression de la criminalité sexuelle ne cesse d'augmenter<sup>1</sup>. Alors que l'âge de la majorité sexuelle a été relevé de treize à quinze ans, celui de la majorité pénale diminue progressivement. Le Nouveau Code pénal de 1994 a renforcé les sanctions concernant les infractions relatives à la sexualité, et cela malgré la distance qu'il a prise avec l'ancienne terminologie, considérée comme trop connotée moralement. Les termes « bonnes mœurs » ou « attentats à la pudeur » ont été remplacés par la notion d'atteintes à l'intégrité physique ou psychique de la personne<sup>2</sup>.

La violence, la contrainte, la menace et la surprise constituent des vices du consentement qui nuisent à la liberté de la victime. C'est en effet cette liberté qui devrait constituer la valeur protégée par le droit et non pas la honte morale ou l'offense sociale, comme c'était le cas autrefois<sup>3</sup>. Cependant, le dispositif répressif en matière sexuelle met en évidence la difficulté du droit à pouvoir réguler la sexualité en accord avec les principes de la philosophie laïque de l'État de droit.

Les infractions de nature sexuelle se divisent en deux catégories<sup>4</sup> : les agressions sexuelles et les atteintes sexuelles sans violence

1. Voir Xavier Lameyre, *La criminalité sexuelle*, Paris, Flammarion, « Dominos », 2000.

2. Danièle Mayer, « Le droit pénal promoteur de la liberté des mœurs ? », dans *Les bonnes mœurs*, Paris, CURAPP - PUF, 1994.

3. Georges Vigarello, *Histoire du viol, XVI<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècle*, Paris, Le Seuil, 1998.

4. X. Lameyre organise les infractions sexuelles de la manière suivante :

« Les infractions portant atteinte à la liberté et à l'intégrité sexuelles d'autrui, soit : le viol, les agressions sexuelles (ex-attentats à la pudeur avec violence, contrainte ou surprise), les atteintes sexuelles (ex-attentats à la pudeur sans violence, contrainte ou surprise commis sur mineur de 15 ou 18 ans), le harcèlement sexuel (incrimination introduite en 1994) ;

« Les infractions portant atteinte à la moralité publique, car lésant "la pudeur de tous", soit : l'exhibition sexuelle (ex-outrage public à la pudeur), la diffusion de messages pornographiques (en partie, ex-outrage aux bonnes mœurs).

« Les infractions d'exploitation de la débauche d'autrui, fréquemment dominées par

## La liberté sexuelle

sur mineur. Font partie de la première catégorie le viol, les agressions sexuelles *stricto sensu* (absence de pénétration), l'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel. Pour la deuxième catégorie, le Code pénal rend passible de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 € d'amende le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle sur la personne d'un mineur de quinze ans. Alors que les atteintes sexuelles ne sont incriminées que lorsque la victime est un mineur, les agressions sexuelles sont toujours sanctionnées, l'âge ou l'autorité sur la victime jouant toutefois comme circonstance aggravante.

Pour qu'il existe agression sexuelle, il faut une absence totale de consentement. Le viol est caractérisé par l'acte de pénétration classique (péno-vaginale), mais également la sodomie et la fellation<sup>1</sup>. Dans un arrêt du 16 décembre 1997, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré 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>2</sup>. C'est donc l'absence de consentement à la pénétration active ou passive qui caractérisait le crime. Cependant, un an plus tard, la même chambre est revenue sur cette doctrine en considérant que l'élément matériel du viol n'est constitué que si l'auteur commet la pénétration sur la victime, ce qui n'est pas le cas d'une femme ayant eu de relations sexuelles traditionnelles avec un mineur de quinze ans<sup>3</sup>.

l'esprit de lucre de leur auteur, soit : le *proxénétisme* et les infractions assimilées, la *corruption de mineur* (ex-excitation de mineur à la débauche), l'*exploitation de l'image d'un mineur à caractère pornographique* (incrimination introduite en 1994). »

En ligne : <http://psydoc-fr.broca.inserm.fr/conf&crm/conf/confagrsex/RapportsExperts/Lameyre.html>.

1. La loi du 9 mars 2004 a introduit une circonstance aggravante lorsque le viol a été commis à raison de l'orientation sexuelle de la victime.

2. Dans une décision du 22 août 2001, la Cour est revenue sur cette interprétation et a considéré qu'il n'y a pas viol mais agression sexuelle lorsqu'une fellation est imposée à la victime. Pour une analyse de cette évolution de la jurisprudence, voir Y. Mayeaud, « Du viol et de ses conséquences : après le dérapage, le rattrapage ou du retour à la légalité », *Dalloz*, 1999, 75.

3. Cass., 21 octobre 1998, n° 274.

### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

Pour les autres agressions sexuelles, l'acte doit être commis avec violence, contrainte, menace ou surprise, mais, contrairement au viol, il ne faut pas qu'il y ait pénétration. Le contact sexuel (attouchements, caresses, chatouilles)<sup>1</sup> avec la victime est nécessaire, faute duquel il n'y a pas agression mais exhibition sexuelle.

Le harcèlement sexuel a été introduit dans le Nouveau Code pénal en 1994. Originellement, cette infraction se limitait au harcèlement commis par un supérieur hiérarchique, mais une loi du 17 janvier 2002 en a élargi le champ d'application en rendant cette figure possible aussi entre égaux. L'acte incriminé doit avoir comme but le fait d'obtenir des faveurs de nature sexuelle, et si, avant la réforme de 2002, la rétorsion était un élément constitutif du harcèlement (licenciement, menace pour l'avancement d'une carrière, etc.), dans l'état actuel du droit il peut y avoir harcèlement indépendamment de la capacité de vengeance de l'acteur. Si la première version de la loi avait comme finalité de protéger les victimes contre le pouvoir d'un individu en situation dominante, la réforme de 2002 tend plus à éviter d'être molesté sexuellement ou à éliminer indirectement certaines formes de séduction et d'érotisme qu'à sanctionner l'abus de pouvoir<sup>2</sup>.

### *Prostitution et sadomasochisme volontaires*

La manière dont la loi française régle la question de la prostitution me semble significative de l'énorme difficulté à assumer le principe de la neutralité éthique de l'État en matière sexuelle. En effet, théoriquement, la prostitution est libre et, en ce sens, tout individu peut monnayer ses « faveurs ». Aucune disposition du Code pénal ne la sanctionne expressément ; le terme, d'ailleurs, n'est jamais

1. La loi ne définit pas de manière positive les autres agressions sexuelles, elle se limite à établir qu'il n'y ait pas de pénétration. Il faut donc se référer à la jurisprudence pour connaître le contenu de ce type pénal.

2. Janet Halley, « Sexuality Harassment », in W. Brown et J. Halley (ed.), *Left Legalism / Left Critique*, Durham and London, Duke University Press, 2002.

## La liberté sexuelle

mentionné par la loi<sup>1</sup>. On pourrait donc considérer que tout adulte est libre de s'y adonner et d'en faire sa profession. Or la réalité est tout autre. Si la prostitution n'est pas interdite, les moyens pour l'exercer le sont sévèrement, et tout particulièrement le racolage aussi bien actif que passif<sup>2</sup>. Peut-on encore parler de liberté dès lors qu'il n'existe aucun moyen légal d'annoncer un service sexuel ? Et que même dans un lieu privé, la prostitution est sanctionnée ?

Dans la réalité, si la prostitution subsiste et se développe, ce n'est que d'une manière clandestine. Paradoxalement, la dernière réforme introduite par la loi du 18 mars 2003 prétendait lutter contre les trafics et les réseaux, mais le refus de toute forme de réglementation du travail sexuel a rendu la situation des prostituées encore plus précaire<sup>3</sup>. Les associations de prostituées ont toutes dénoncé l'aggravation de la situation après cette réforme législative qui a rejeté les travailleurs du sexe en dehors de la ville, en les exposant davantage aux violences de tout genre<sup>4</sup>.

Au lieu de penser la prostitution comme un métier et de chercher à créer les meilleures conditions de travail, par exemple en autorisant la création de syndicats de prostituées (femmes et aussi hommes), en exigeant l'application des règles relatives à l'emploi (salaire, retraite, vacances, sécurité sociale, hygiène...), les autorités françaises ont considéré que cette manière de gagner sa vie n'était pas conforme à la dignité humaine. En revanche, s'il s'agit de taxer les revenus de la prostitution et du proxénétisme, l'État n'hésite pas à imposer ces activités pourtant illicites, devenant ainsi lui-même le premier « proxénète ».

1. Il a fallu attendre une décision de la chambre criminelle de la Cour de cassation pour qu'en 1996 cette activité soit définie juridiquement comme suit : « La prostitution consiste à se prêter, moyennant une rémunération, à des contacts physiques de quelque nature qu'ils soient, afin de satisfaire les besoins d'autrui. »

2. La sanction du racolage passif a été introduite par la loi pour la sécurité intérieure, dite « loi Sarkozy », promulguée le 18 mars 2003.

3. D. Borrillo, É. Fassin, J. Favret-Saada, F. Gaspard, « Non à la guerre aux prostituées », *Le Monde*, 7 novembre 2002.

4. Sur les violences accrues contre les prostituées, voir le site de l'association Cabiria : <http://perso.wanadoo.fr/cabiria/presse.html>.

### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

La répression de la prostitution, par le biais de la notion de racolage, a trouvé l'accord de l'opposition socialiste laquelle, au nom de l'égalité des femmes et de la lutte contre l'esclavage, ne s'est pas opposée au dispositif actuel. L'argument de l'esclavage vise à frapper les esprits et, certes, il existe un proxénétisme international qui fonctionne sous la forme de l'asservissement. Mais bien d'autres activités connaissent des formes d'exploitation insupportables, comme l'industrie textile ou le travail domestique, que personne n'a jamais songé à interdire. Pour lutter contre ces pratiques, il existe des dispositions pénales qu'il faut utiliser pleinement. Appliquée à la prostitution de façon aussi générale, l'invocation de l'esclavage remplit une fonction purement incantatoire.

Le paternalisme d'État est ici particulièrement manifeste. Alors que l'on agissait au nom de la dignité des 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 mineurs incapables. Celles et ceux qui se sont manifestés pour dire ouvertement qu'ils souhaitaient être libres de se prostituer ont été considérés comme des victimes de leur propre pensée aliénée. L'État français semble savoir mieux que tous ces individus ce qui est bien pour eux, au point qu'il n'a même pas senti la nécessité de demander leur avis.

Une autre situation qui, dans l'état actuel du droit, pose problème pour l'exercice de la liberté sexuelle concerne les pratiques sadomasochistes entre adultes consentants. Si la violence est de la nature même de la mise en scène sadomasochiste, celle-ci n'est problématique que lorsqu'elle est susceptible 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 pénale. Nommées autrefois « coup et blessures », les violences volontaires constituent actuellement une atteinte à l'intégrité de la personne<sup>1</sup>. Toutefois,

1. Le sadomasochisme peut tomber sous le coup de la loi pénale et notamment des articles 222-1 ( « Le fait de soumettre une personne à des tortures ou à des actes de barbarie est puni de quinze ans de réclusion criminelle » ), 222-9 ( « Les violences ayant

## La liberté sexuelle

comme pour la pratique des sports violents ou les interventions chirurgicales pour lesquelles la jurisprudence a estimé que le consentement de la victime permet de les soustraire à la sanction juridique, on aurait pu imaginer qu'un tel raisonnement soit également valable pour les pratiques sadomasochistes. Encore une fois, un régime d'exception a été appliqué, en tout cas pour les relations sadomasochistes pratiquées entre homosexuels. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme, 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 sont pas protégées par la Convention européenne des droits de l'homme. Les requérants avaient été condamnés par la justice britannique à diverses peines d'emprisonnement au 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 ». Saisie de l'affaire, la Cour européenne a fait observer que « toute pratique sexuelle menée à huis clos ne relève pas nécessairement du domaine de 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 ».

Une autre affaire similaire est actuellement pendante devant la Cour européenne. Il s'agit, cette fois-ci, d'un couple hétérosexuel condamné par la justice belge pour coups et blessures volontaires<sup>1</sup>. Si la Cour suit la jurisprudence *Laskey*, les jeux sadomasochistes,

entraîné une mutilation ou une infirmité permanente sont punies de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende ») et 222-11 ( « 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 € d'amende » ).

1. Les sanctions prononcées sont loin d'être anodines : outre les sanctions pénales, le mari, qui était juge, a perdu son poste et ses droits à la retraite ; la femme, médecin, a été suspendue pendant deux mois.

## *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

aussi bien homosexuels qu'hétérosexuels, pourront être punis par l'ensemble des États européens sans que cela soit considéré comme contraire au respect de la vie privée des citoyens.

### *Un régime d'exception*

Sous la pression de l'opinion publique, de la presse à sensation ou tout simplement par conviction morale, les autorités françaises (aussi bien de droite que de gauche) ont instauré un régime pénal spécifique pour les agresseurs sexuels<sup>1</sup>. La multiplication des exceptions aux règles du droit commun est en général dangereuse pour les libertés individuelles, et cela d'autant plus qu'elle s'opère sur le terrain de la loi pénale.

Six éléments attestent l'exceptionnalité du crime sexuel : la lourdeur des peines encourues et prononcées, l'application extraterritoriale de la législation, le régime dérogatoire de la prescription, le prononcé de mesures cliniques à côté de la sanction, la prise en compte des moyens par lesquels l'infraction peut être commise, et, enfin, la mise en place d'un fichage spécifique.

Les agressions sexuelles sont réprimées particulièrement sévèrement. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle, les autres agressions sexuelles sans pénétration sont susceptibles de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 € d'amende. L'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel sont passibles d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende. Les peines sont alourdies par de nombreuses circonstances aggravantes. Le viol est passible 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 auteurs de viols que des auteurs d'homicides. De surcroît, pour les crimes sexuels, la loi autorise le juge à refuser tout aménagement de la

1. X. Lameyre, « Du régime pénal spécial appliqué, en France, aux auteurs d'infractions sexuelles », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2002.

## *La liberté sexuelle*

peine (placement à l'extérieur, permission de sortir, semi-liberté, fractionnement...).

Les crimes sexuels dérogent à l'article 113-6 du Code pénal, qui dispose que la loi française est applicable lorsque les faits sont punis dans le pays où ils ont été commis, et à l'article 113-8, selon lequel la victime doit porter plainte pour que la loi française soit applicable. Autrement dit, même si l'acte n'est pas punissable dans le pays où il a été commis et indépendamment du fait que la victime ait porté plainte, c'est la loi française qui s'applique de manière extraterritoriale.

En droit commun, les délais de prescription sont de dix ans pour un crime et trois ans pour un délit à partir de la date de commission 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. Auparavant, ce point de départ spécifique ne jouait que lorsque l'auteur de l'infraction avait autorité sur le mineur. La prescription pour les crimes et délits sexuels était portée à dix ans lorsqu'ils étaient commis sur un mineur. La loi du 9 mars 2004 (dite Perben II) vient d'allonger ce délai de prescription des crimes sexuels à vingt ans et à dix ans pour les délits.

Destiné aux seuls auteurs d'infractions sexuelles, le suivi socio-judiciaire introduit par la loi du 17 juin 1998 oblige les agresseurs, entre autres mesures de surveillance, à suivre un traitement psychiatrique qui peut durer jusqu'à trente ans selon la nature de l'infraction<sup>1</sup>. De surcroît, la réhabilitation légale ne se produit pas à l'expiration de la peine mais à la fin du traitement médical. L'injonction de soins n'est pas obligatoire, mais, si le condamné ne donne pas son accord, il voit sa peine s'alourdir considérablement.

Cet ensemble a été complété en 1998 par l'incorporation d'une nouvelle modalité de commission de l'infraction sexuelle : lorsque « la victime est mise en contact avec l'auteur des faits grâce à

1. Voir sans limitation de durée lorsque le crime est puni d'une peine de réclusion criminelle à perpétuité.



## *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

l'utilisation, pour la diffusion de messages à destination d'un public non déterminé, d'un réseau de télécommunication », la peine encourue est alourdie. Ainsi, pour une agression sexuelle sans pénétration, elle passera de cinq ans d'emprisonnement à sept ans.

En 1998 a été également créé un fichier destiné à recueillir les empreintes génétiques des individus condamnés pour des infractions sexuelles<sup>1</sup>. Le refus de se soumettre aux opérations de prélèvement ordonnées par les autorités est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende. De plus, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 9 mars 2004, un fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles a été mis en place<sup>2</sup>. L'effacement de la condamnation du casier judiciaire n'emporte pas effacement de ce fichier. Enfin, cette même loi établit que « l'officier de police judiciaire peut faire procéder sur 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 »<sup>3</sup>. Une personne même acquittée reste fichée.

\* \* \*

Si la limitation de la liberté sexuelle semble parfois justifiée, elle doit se faire de manière précautionneuse, car, comme le note Isaiah Berlin, « je serais coupable si dans certaines circonstances je n'étais pas prêt à sacrifier un peu de liberté. Mais un sacrifice n'est jamais un gain de ce qui est sacrifié, à savoir ici la liberté, quel qu'en soit le besoin moral ou la compensation qu'on reçoit. Les choses sont ce

1. Ce fichier a perdu son caractère exceptionnel aujourd'hui puisqu'il s'est élargi à de nombreux crimes, devenant ainsi une modalité du droit pénal commun (art. 706-54 à 706-56 du Code de procédure pénale).

2. Articles 706-53-1 à 706-53-12 du Code de procédure pénale.

3. À la demande de la victime, ce prélèvement peut se faire contre la volonté de l'intéressé : le refus de se soumettre est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 € d'amende.

## La liberté sexuelle

qu'elles sont : la liberté est la liberté et non l'égalité, ni l'équité, ni la justice, ni le bonheur, ni la tranquillité de conscience »<sup>1</sup>. Comme il vient d'être montré, le sacrifice de la liberté en matière sexuelle n'est pas toujours proportionné. Comment justifier l'enfermement carcéral des individus majeurs qui se livrent consciemment à des pratiques sexuelles hétérodoxes<sup>2</sup> ? Doit-on condamner un enfant de 14 ans à dix ans de prison pour des agressions sexuelles et lui refuser en même temps d'entretenir des rapports avec un adulte de 18 ans ? Doit-on incarcérer un individu qui a regardé des images pornographiques pédophiles sur l'Internet sans pour autant passer à l'acte<sup>3</sup> ? Est-il raisonnable de poursuivre quelqu'un quarante ans après la commission d'un crime sexuel ? Peut-on obliger les prostituées à payer des impôts sans accorder en contrepartie le minimum de protection sociale ? Est-il justifié de conserver des informations médicales concernant un individu même après qu'il a été acquitté ? Le régime actuel en matière de criminalité sexuelle comporte pratiquement les mêmes éléments dérogatoires aux garanties juridiques que pour les crimes contre l'humanité ou les infractions terroristes, ce qui doit donner à réfléchir.

Si cette situation semble disproportionnée d'une manière générale, elle est particulièrement injustifiée dès lors que l'exception sexuelle vise également une partie de la population (les homosexuels) qui non seulement n'a jamais participé à la domination mais a, de surcroît, subi cette forme de pouvoir. En effet, si l'égalité constitue une limite légitime à la liberté sexuelle, c'est sous condition de se référer aux femmes puisque ce sont elles qui ont historiquement été victimes de l'abus de la liberté sexuelle des hommes hétérosexuels. Si la sexualité a constitué et constitue encore le moyen par excellence de la domination masculine, est-il raisonnable de traiter l'homosexualité de la même manière que l'hétérosexualité ? Plutôt que de

1. Isaiah Berlin, *Éloge de la liberté*, Paris, Calmann Lévy ; rééd. Presses Pocket, 1990.

2. Dans l'affaire *Laskey*, les requérants ont été condamnés à des peines d'emprisonnement de trois et deux ans. En France, il n'y a pas eu à ma connaissance de poursuites semblables, même si la loi pénale le permet.

3. Dominique Simonnot, « Il se masturbait devant ces images mais seul », *Libération*, 24 novembre 2003.

### *Liberté érotique et « exception sexuelle »*

violences sexuelles, ne devrait-on parler de violences hétérosexuelles dès lors que 83 % des victimes sont des jeunes filles<sup>1</sup> et que 98 % des violences conjugales sont le fait de l'homme<sup>2</sup> ?

L'égalité peut justifier une limitation de la liberté, mais à condition d'établir clairement le statut des sujets susceptibles de reproduire une situation d'asymétrie. En effet, si ce sont les femmes hétérosexuelles qui se trouvent en situation d'infériorité, ce qu'il faudrait limiter, ce n'est pas la liberté sexuelle de façon indistincte, mais uniquement celles des hommes hétérosexuels.

De même, l'argument de la dignité humaine ne doit pas servir de prétexte pour imposer une vision puritaine de la sexualité. Plutôt que de dignité humaine, ne devrait-on pas parler de dignité de la femme, puisque c'est elle qui est très souvent représentée par la pornographie (pour ne prendre que cet exemple) comme un objet disponible pour les hommes hétérosexuels ? Peut-on considérer que les effets performatifs de la pornographie hétérosexuelle sont les mêmes que dans l'iconographie gay ou lesbienne<sup>3</sup> ? Limiter la liberté sexuelle en général et non pas la liberté hétérosexuelle masculine en particulier non seulement conduit à produire des normes injustes pour les autres membres de la société, mais implique aussi de céder à une vision moraliste de l'érotisme.

Enfin, il est important de souligner que toute limitation à la liberté sexuelle doit être toujours provisoire, devant permettre la constitution d'un espace égalitaire ; mais, une fois que les conditions de l'autonomie sont garanties, le régime d'exception ne doit pas se perpétuer, sous peine de glisser vers une conception victimiste et paternaliste de la sexualité. Cela me semble contraire à l'éthique de l'autonomie de la volonté, laquelle constitue un préalable à toute politique juste de l'égalité.

1. Nicole Belloubet-Frier et Florence Rey, « 30 propositions pour lutter contre les violences sexuelles dans les établissements scolaires », *Rapport au ministre de l'Éducation nationale*, octobre 2001.

2. INED, *Violences envers les femmes en France. Une enquête nationale*, Paris, La Documentation française, 2003.

3. Voir sur ce point la contribution de Brenda Cossman dans cet ouvrage.