



HAL
open science

Mettre fin à la morale sexuelle au profit des libertés sexuelles consentantes

Daniel Borrillo

► **To cite this version:**

Daniel Borrillo. Mettre fin à la morale sexuelle au profit des libertés sexuelles consentantes. Prochoix, 2002, 1 (21). <hal-04957426>

HAL Id: hal-04957426

<https://hal.science/hal-04957426v1>

Submitted on 19 Feb 2025

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.



HAL Authorization

Résumé

Alors que nos sociétés se croient affranchies des contraintes religieuses, une forme de morale canonique continue insidieusement d'organiser notre relation au sexe. Il est donc nécessaire d'actualiser notre réflexion sur la liberté, surtout dans le domaine de la sexualité, en vertu d'une éthique laïque enfin pour fondée sur le seul principe du libre consentement.

À propos de l'auteur

Juriste spécialisé en sociologie du droit, maître de conférences en droit à Paris X, chercheur associé au CNRS (Cersa Paris II), Daniel Borrillo est aussi un ancien directeur du groupe Juridique d'Aides-Paris. Membre du réseau d'experts européens sur les discriminations relatives à l'orientation sexuelle (Commission UE), expert juridique auprès du Conseil de l'Europe, il anime le premier séminaire juridique sur le droit et la sexualité DEA des droits de l'homme et libertés fondamentales Paris X.

Abstract

While our societies think of themselves as freed from religious obligations, a form of canonic moral is still insidiously organizing our relation to sexe. It is therefore necessary to update our consideration on freedom, especially in the fields of sexuality, and work on a laic ethic based on the single principle of assesment.

About the author

Jurist, specialized in law sociology, head of law conferences at Paris X, associate researcher at the CNRS (Cersa Paris II), Daniel Borrillo is also a former head of the legal group of Aides Paris. Member of the network of European experts on discriminations on sexual orientation (EU Commission), legal expert at the European Council, he hosts the first legal seminar on sexuality rights DEA of human rights and essential freedoms Paris X.

DANIEL BORRILLO

Mettre fin à la morale au profit des libertés sexuelles consentantes

La liberté sexuelle est la capacité de l'individu à agir érotiquement sans contraintes ainsi que la faculté de s'exprimer sexuellement selon ses propres choix. L'autonomie de la volonté et le consentement constituent les deux piliers sur lesquels se fonde la liberté sexuelle. Comme toute liberté, elle est composée de deux éléments indissociables : la possibilité matérielle de son exercice en tant que droit subjectif de l'individu et la créance sur tous les membres de la société qui doivent s'abstenir d'intervenir dans cette sphère. La seule limite de principe consiste en l'absence de préjudice à autrui. Mais, dès lors que la sexualité est conçue comme expression de la liberté, nous sommes confrontés au paradoxe suivant : nos sociétés contemporaines qui ne cessent de célébrer l'autonomie de l'individu et qui se croient affranchies des contraintes religieuses, continuent néanmoins à refuser d'aborder la sexualité en tant qu'expression désacralisée des comportements humains.

Alors que l'étude des libertés générales prend une place centrale dans les analyses juridiques et dans les traités de sciences politiques, celle relative à la liberté sexuelle demeure marginale, voire inexistante. Nous chercherons en vain une telle notion dans les Chartes, les conventions internationales ou les constitutions des États. En revanche, dès qu'il est question d'autres espaces d'autonomie, telle la liberté d'expression, d'opinion, de culte, de commerce ou d'instruction, les références abondent. Il est admis unanimement que la "nature" même de notre démocratie nous conduit à la protection, à l'assurance et même à la célébration de toutes ces formes de liberté. Celle relative à la sexualité est, par contre, présentée sous un angle négatif ou par rapport aux contraintes s'y référant. Liée à la procréation, la liberté sexuelle est réduite à la contraception ou à l'avortement et dès lors que l'on évoque un échange commercial, les notions de "dignité humaine" ou de "corps hors commerce" servent à justifier les contraintes à la liberté de disposer de soi et

de sa sexualité notamment pour se prostituer. Tout se passe comme si dès lors que nous évoquons la sexualité, la liberté était tout de suite éclipsée par les abus, l'exploitation ou l'aliénation que cette première porterait nécessairement en elle¹. Cette incapacité à penser l'exercice de la sexualité comme tout autre liberté trouve son origine dans la manière dont elle fut conçue en Occident.

La condamnation de la sexualité et l'idéal d'abstinence

Qu'il soit la clé pour comprendre le rapport de notre civilisation au sexe, qu'il se trouve à l'origine des répressions² ou qu'il constitue un des éléments déterminants du paradigme, le christianisme a joué sans aucun doute le rôle principal dans les représentations juridique et sociale relatives à la sexualité. Si le mariage est présenté aujourd'hui comme l'espace privilégié de la sexualité légitime, en réalité l'idéal sexuel du christianisme demeure l'abstinence. Manifestation par antonomase du péché, le sexe devait être esquivé par un exercice constant de l'esprit. Selon saint Paul, "*si vous vivez selon la chair, vous mourrez*". Le seul antidote à une telle condamnation fut la vie monacale. Celle-ci a énormément influencé les classes dirigeantes de l'Occident médiéval et constituait l'horizon même au sein du mariage.

À l'origine du christianisme, la vie maritale ne fut pas considérée comme une vie bonne, elle n'était que le remède à l'incapacité des humains à se consacrer pleinement au projet divin : "*il vaut mieux se marier que brûler*", établit la Bible. Ce n'est qu'au IV concile du Latran en 1215 que l'Église catholique organise le partage de la sexualité religieuse et laïque, permettant à l'une et à l'autre sa réalisation effective dans "l'ordre naturel". À la première s'appliquera toujours l'idéal d'abstinence et la virginité, à la sexualité laïque, en revanche, l'on doit lui imposer le mariage monogamique. Depuis le XIIIe siècle, la casuistique canonique ne cessera pas de faire du mariage religieux la clé de voûte de l'édifice familial. En dehors de celui-ci et dépourvue de finalité reproductive, la sexualité est à bannir. Fondée sur les écritures et minutieusement développée dans les manuels des confesseurs, la condamnation de la sexualité hors mariage apparaît comme le pilier de la théologie de l'éros : luxure, passion, adultère, sodomie, masturbation sont autant des comportements contraires à la morale sexuelle et ceci indépendamment de la volonté de ceux qui les pratiquent.

Avec le triomphe d'une conception de l'existence fondée sur la volonté individuelle et non plus sur un quelconque projet collectif salubre, ce n'est plus la nature de l'acte qui détermine sa qualité morale mais l'assujettissement à une double condition sine qua non, à savoir qu'il soit librement choisi et qu'il ne nuise pas à autrui. Bien que depuis la fin du XVIII^e siècle l'idéal individualiste et volontariste semble constituer le fondement de nos catégories juridiques et sociales, un certain nombre d'éléments résiduels demeurent, tout particulièrement en ce qui concerne les rapports que nous entretenons avec notre sexualité. C'est effectivement dans ce domaine où nous trouvons encore les plus grandes difficultés à être effectivement "modernes".

Un nouveau paradigme : la neutralité éthique de l'État

Dans une société démocratique, la neutralité éthique de l'État constitue la principale condition permettant de garantir la liberté individuelle. Cette prémisses se fonde sur l'idée que la société n'a pas à dire le bien aux membres qui la composent, elle doit se limiter strictement à énoncer le juste et sanctionner les comportements préjudiciables à autrui. Contrairement à l'État paternaliste, l'État démocratique n'a pas à se substituer aux choix des individus. Pour ce faire, il doit en même temps s'abstenir de s'immiscer à certains moments (liberté négative) et s'engager à intervenir dans certaines circonstances (liberté positive). En effet, il s'abstient de décider à la place de l'individu, laissant ce dernier libre de mener sa vie comme bon lui semble, en même temps il s'engage à assurer d'une manière égalitaire l'exercice des libertés qui sont à l'origine des choix fondamentaux. Autrement dit, tout acte, librement accompli doit rester en dehors de la sanction juridique. Loin de la limiter, l'État démocratique doit rendre la liberté matériellement effective aussi bien dans les relations que l'individu entretient avec lui-même qu'avec les autres.

Concernant la sexualité, l'idéal moral des sociétés modernes se fonde ainsi sur le postulat suivant : toutes les relations sexuelles entre adultes consentants sont légitimes. Pour cette morale, la capacité de l'individu à donner son consentement devient la question principale. L'État n'a plus à dire le bien ou le mal sous peine de tomber lui-même dans une attitude immorale. L'individu libre est le seul capable de déterminer ce qui lui convient. La liberté devient tyrannie dès lors que l'État gouverne les individus par des dirigeants qui prétendent connaître leur volonté vraie et qui se substituent à leurs "*désirs métaphysiques*". Assurer à tout le monde le libre exercice de sa sexua-

lité est une chose, considérer que certains choix ne constituent nullement l'objet d'une élection et les interdire en est une autre. En effet, pour quelle raison valable l'État démocratique interdirait-il à une personne le droit d'avoir des rapports sexuels onéreux et de faire de cela sa profession habituelle ?

Les manifestations de la liberté sexuelle

En tant que manifestation de la vie privée, la liberté sexuelle implique la possibilité d'avoir de relations sexuelles avec qui nous souhaitons et dans les conditions convenues avec nos partenaires. Toute ingérence de l'État dans la matière est donc considérée comme immorale.

L'État doit garantir l'exercice de cette liberté sans contraintes car la capacité à consentir librement constitue la base éthique de cette légitimité. Dans les limites établies par l'âge et la capacité, le droit devrait permettre à tout individu de choisir le statut de marié(e) (y compris avec une personne de son propre sexe) ou célibataire. La liberté sexuelle implique également le choix d'avoir des rapports sexuels avec une ou plusieurs personnes gratuitement ou moyennant rétribution. Le devoir conjugal, c'est-à-dire l'obligation d'entretenir des rapports sexuels au sein du mariage, ainsi que l'absence de reconnaissance du commerce sexuel en tant que profession à part entière constituent des éléments résiduels d'une morale plutôt fondée sur une conception sacrée du sexe que sur l'autonomie individuelle.

La liberté sexuelle implique également le choix d'avoir des relations à finalité non-reproductive. La légalisation de l'usage de moyens contraceptifs en 1967, comme la dépénalisation de l'avortement en 1975 sont les manifestations les plus significatives de cette liberté. La désignation du géniteur biologique en tant que père contre sa volonté, telle que le droit l'autorise actuellement, représente une ingérence immorale de l'État dans la vie privée des individus.

La liberté sexuelle peut aller même jusqu'à donner à l'individu la possibilité de changer son sexe biologique originaire. En ce sens, le transsexualisme constitue un acte totalement moral. En revanche, la médicalisation de celui-ci et la justification psychiatrique requise pour l'intervention chirurgicale et le postérieur changement de l'état civil sont à réprover car ce n'est pas à l'individu que l'on octroie la faculté d'exercer cette liberté, mais à un tiers institué en autorité scientifique.

Les atteintes à la liberté sexuelle

Sur la base de l'autonomie de la volonté, le droit pénal opère une classification des infractions sexuelles selon que la victime soit consentante (mais incapable) ou qu'elle ne le soit pas. L'absence de consentement détermine l'agression sexuelle, laquelle est définie par l'article 222-22 comme "*toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise*". S'il y a pénétration, l'agression est qualifiée de viol. Constituent également des agressions sexuelles les relations sans pénétration, ainsi que le harcèlement sexuel.

Dès lors que la victime est consentante mais mineure de moins de quinze ans, il ne s'agit pas d'une agression mais d'une atteinte sexuelle stricto sensu. La base de la sanction n'est pas l'absence de consentement mais l'impossibilité pour une personne de moins de quinze ans à donner un accord de volonté suffisamment libre. Cette limite établie par la norme juridique varie selon les pays, ainsi en Espagne elle est à 12 ans, en Belgique à 16 ans et à 14 ans en Italie. 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 devient une valeur protégée par le droit et non pas la honte morale ou l'offense sociale comme ce fut le cas autrefois³. Malheureusement ce n'est pas toujours en ce sens que la jurisprudence interprète l'agression sexuelle. En effet, un arrêt célèbre de la chambre criminelle de la cour de cassation du 21 octobre 1998 a établi qu'il n'y a pas de viol dès lors que c'est la femme qui impose l'acte sexuel à un homme. Dans ce cas de figure, la victime n'est pas l'individu pénétré, mais celui qui pénètre, sa liberté se trouve néanmoins complètement anéantie et c'est cela que les juges auraient dû juger et non pas la mécanique de l'acte et les compétences érectiles.

L'ensemble des circonstances aggravantes des infractions sexuelles renvoie à l'impossibilité ou tout au moins à la difficulté de la victime à échapper à une situation de domination. À part la vulnérabilité due à son âge, à une maladie, à une infirmité à une déficience physique ou psychique, l'abus d'autorité est également un élément déterminant au moment de l'évaluation de la gravité de l'acte. L'autorité qu'une personne exerce sur une autre place la relation dans une situation d'asymétrie. C'est cette forme d'inégalité qui doit être prise en considération puisqu'elle porte atteinte à la liberté des parties dans les échanges sexuels. La réforme récente élargissant le harcèlement sexuel à

des relations dépourvues d'autorité sur l'individu harcelé me semble dénaturer le fondement de la condamnation. Entre égaux, la figure du harcèlement devrait disparaître car aucune rétorsion n'est possible. D'autres catégories juridiques peuvent néanmoins être mobilisées, telle que le respect de la vie privée ou le préjudice moral.



Par ces quelques exemples, j'ai essayé de démontrer que, pour la morale sexuelle laïque, seule l'économie du consentement devrait être à la base du raisonnement juridique. Le consentement doit également être évalué in concreto. En effet, il est dangereux de considérer in abstracto qu'un groupe de personnes soit plus vulnérable. S'il est évident que la domination masculine s'exerce par des moyens sexuels, s'arrêter dans cette dimension implique de continuer à réduire les femmes à leur pure dimension corporelle⁴. C'est également une forme de misogynie que de considérer qu'une agression sexuelle est plutôt une violence à la génitalité qu'une atteinte à la volonté de la femme.

Que ce soit entre hommes, entre femmes ou entre un homme et une femme, ce qui doit rendre immoral et juridiquement condamnable le viol, le harcèlement ou la prostitution forcée, ce n'est pas tant la dimension sexuelle de l'acte que l'absence de consentement de la victime. De même, les images pornographiques mettant en scène des viols ou des tortures sont condamnables non pas tant par leur dimension sexuelle que par l'incitation à la violence qu'elles véhiculent⁵. La liberté n'est jamais absolue et dans certaines circonstances peu être limitée, mais cette limitation doit se faire très précautionneusement car comme dit 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 pas 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 qu'elles sont : la liberté est la liberté et non l'égalité, ni l'équité, ni la justice, ni la culture, ni le bonheur, ni la tranquillité de conscience"*⁶.

Fonder une éthique non pas sur la libre volonté mais sur l'intangibilité des organes génitaux et sur la condition sexuée des individus ne fait que renforcer la conception métaphysique du sexe et de la sexualité. Est-ce pour cela que nous nous battons ? ●

Notes

- (1) Il serait dangereux d'ignorer l'exploitation liée au commerce sexuel. Celle-ci doit être vigoureusement dénoncée. Néanmoins le risque d'exploitation sexuelle est le même que celui produit par les abus dans d'autres domaines de la vie. La liberté religieuse n'est pas responsable du développement des sectes, la liberté d'opinion ne se confond pas avec l'injure ou la liberté de travail n'est pas à l'origine de l'esclavage. De même la liberté sexuelle ne peut pas être confondue avec les mauvais usages que l'on fait d'elle.
- (2) D'après Jean-Louis Flandrin le christianisme n'a fait que pousser à l'extrême une morale sexuelle déjà prônée par le stoïcisme, à savoir, le refus du plaisir.
- (3) G. Vigarello, Histoire du viol XVI^e-XX^e siècle, Seuil, Paris, 1998.
- (4) Considérer qu'une femme ne peut pas disposer de son corps, même pour se prostituer, revient à la placer sous un régime de tutelle. Rien ne semble plus éloigné de la liberté qu'une telle attitude.
- (5) La violence est toujours condamnable, qu'elle soit sexuelle, morale, guerrière. On ne peut pas cependant considérer que la pornographie est en elle-même porteuse de violence.
- (6) Éloge de la liberté, Calmann-Lévy, cité par Ronald Dworkin : "Liberté et pornographie", *Esprit* 1998.

À lire (sous réserve) dans les prochains numéros :

- Un dossier sur le **transexualisme**.
- Un entretien avec Elfriede Harth, représentante en France de Catholics for a free choice (les **Catholiques pour le choix**).
- Un dossier sur le **libre choix et l'économie** : comment la liberté individuelle n'égale pas le libéralisme sauvage (notamment sur ce qui garantit l'exercice de ses libertés : retraites, sécurité sociale etc.).
- Ne dites plus "mondialisation" mais "uniformisation" : non aux monopoles qui tuent la possibilité de choisir.